

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 34

Settore Concorsuale: 12/D1 Diritto amministrativo

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10 Diritto amministrativo

IL FATTO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Presentata da: Cecilia Sereni Lucarelli

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Supervisore
Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2022

INDICE

CAPITOLO PRIMO

DAL GIUDIZIO SUL RAPPORTO AL GIUDIZIO “PIENO” SUL FATTO. EVOLUZIONE STORICA E PROFILI RICOSTRUTTIVI

1. Premesse e ragioni dell’analisi.....	6
2. Le origini del giudizio sul fatto: dalla giurisdizione “propria” alla giurisdizione “piena” passando per la giurisdizione “anche in merito”.....	12
3. (Segue): la giurisdizione esclusiva tra giudizio sul fatto e giudizio sull’opportunità.....	22
4. Il giudizio sul rapporto a dieci anni dal codice del processo amministrativo: oggetto del processo e rilevanza del fatto.....	26
5. (Segue): il giudizio sul rapporto ancora alla ricerca di un giudizio “pieno” sul fatto.....	33

CAPITOLO SECONDO

PROFILI EVOLUTIVI DEL GIUDIZIO SUL FATTO

1. Il fatto nel processo amministrativo: premesse.....	38
2. (Segue): il fatto nel mutato rapporto tra istruttoria procedimentale e istruttoria processuale.....	42
3. L’art. 21- <i>octies</i> , comma 2 da base normativa per la riedizione del procedimento nel processo a riflesso sotto il profilo dell’accettabilità del risultato.....	47
4. I riflessi nel giudizio sull’eccesso di potere: la ragionevolezza da limite a indice relativo dell’uso legittimo del potere discrezionale.....	52
5. (Segue): e nella riedizione di un potere “limitatamente inesauribile”.....	59
6. Il necessario ripensamento del principio di separazione dei poteri.....	63
7. (Segue): il ruolo della Cassazione nella definizione dei poteri del giudice amministrativo nella prospettiva dell’eccesso di potere giurisdizionale.....	70

CAPITOLO TERZO

L’ISTRUTTORIA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SUL FATTO: OBBLIGHI ISTRUTTORI E MEZZI DI PROVA

1. Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela.....	82
2. L'istruttoria processuale <i>oltre</i> l'istruttoria procedimentale.....	88
3. L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice?.....	92
4. L'attualità del metodo acquisitivo.....	96
5. (Segue): i limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione.....	100
6. I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento?.....	105
7. La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto.....	110
8. Attualità della distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio.....	113
9. La prova da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto.....	120

CAPITOLO QUARTO

COGNIZIONE DEL FATTO TECNICO TRA CRITICITA' DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA E NUOVE PROSPETTIVE DEL SINDACATO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE

1. Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale.....	124
2. L'attività consultiva della pubblica amministrazione tra teorica necessità e perdita strumentalità.....	129
3. (Segue): alcune contraddizioni nel procedimento consultivo.....	132
4. Il sindacato sui pareri tecnici: alla ricerca di un'uniformità perduta.....	137
5. (Segue): il sindacato sui pareri vincolanti tra illegittimità propria, derivata e mera necessità.....	143
6. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: "deferenza" del giudice o reale rischio di sostituzione?.....	146

CAPITOLO QUINTO

TENDENZE E CONTROTENDENZE GIURISPRUDENZIALI: LA NECESSITÀ DI UN'ANALISI PER SETTORI

1. Ragioni e prospettive di un'analisi per settori.....	153
2. L'accesso al fatto in materia di appalti tra verifica dell'anomalia delle offerte e valutazione dell'attribuzione dei punteggi: la mera "ipotizzabilità"	

di svolgere una consulenza tecnica.....	157
3. (Segue): proporzionalità a priori nell'esclusione del concorrente dalla gara	162
4. La rilevanza dei presupposti di fatto nella valutazione di legittimità delle interdittive antimafia.....	166
5. L'accesso al fatto tra competenze giuridiche e saperi estranei al giudice amministrativo nel contenzioso sui giudizi di abilitazione.....	170
6. Verso un sindacato di "maggiore attendibilità" nell'accesso al fatto economico in materia di sanzioni antitrust.....	174
7. Le sanzioni della Banca d'Italia: il "rimedio" del riparto di giurisdizione.....	180
8. Alcuni interrogativi finali.....	188
 BIBLIOGRAFIA	 194

CAPITOLO PRIMO

DAL GIUDIZIO SUL RAPPORTO AL GIUDIZIO “PIENO” SUL FATTO. EVOLUZIONE STORICA E PROFILI RICOSTRUTTIVI

SOMMARIO: 1. Premesse e ragioni dell'analisi. – 2. Le origini del giudizio sul fatto: dalla giurisdizione “propria” alla giurisdizione “piena” passando per la giurisdizione “anche in merito”. – 3. (Segue): la giurisdizione esclusiva tra giudizio sul fatto e giudizio sull'opportunità. – 4. Il giudizio sul rapporto a dieci anni dal codice del processo amministrativo: oggetto del processo e rilevanza del fatto. – 5. (Segue): il giudizio sul rapporto ancora alla ricerca di un giudizio “pieno” sul fatto.

1. Premesse e ragioni dell'analisi

Ogni studio sui temi della giustizia si imbatte prima o poi nell'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, o perché la utilizza come premessa o perché la pone come obiettivo della propria indagine¹.

La ragione di tale centralità è evidente e non necessita di particolari dimostrazioni. È la stessa Costituzione, all'art. 24 che, nell'affermare che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», eleva il diritto di difesa a diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo, ma, anche prima del 1948, l'esigenza era avvertita e accanto alla domanda di una tutela effettiva delle situazioni giuridicamente rilevanti si chiedeva che il giudice fosse munito dei mezzi adeguati ad assicurarla². Più di recente, tanto il legislatore comunitario, quanto la giurisprudenza sovranazionale, hanno dato una spinta propulsiva ed evolutiva in tal senso e, non a caso, il capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dedicato alla «Giustizia», si apre con l'art. 47 che afferma il diritto di ogni individuo a un ricorso

¹ Sull'effettività della tutela imprescindibile il richiamo alla dottrina processualcivilista. Tra tutti si vedano G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 52 che individua il diritto di azione in base alla tradizione giustiniana nel «diritto di ottenere col giudizio quanto ci è dovuto»; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. proc. civ.*, 1991, 1, 60 ss., identifica l'effettività nell'ottenere tramite il processo tutte quelle utilità assicurate dal diritto sostanziale; secondo E. Picozza, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 463 il principio di effettività della tutela è da intendere secondo l'insegnamento chiovendiano. Più di recente sul principio di effettività della tutela nel processo amministrativo tra i molti S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004; G. Romeo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 653 ss.; A. Lamorgese, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm. - CDS*, 2009, 4, 1109 ss.; E. Picozza, *Effettività e giusto processo*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Saverio Sticchi Damiani, F. Vetrò, Torino, Giappichelli, 2010, 55 ss.; R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. - CDS*, 2011, 5, 1707 ss.; G. Greco, *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)*, in *Aa. Vv., Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 793 ss.

² V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, 2 ss.

effettivo e a un giudice imparziale, cosicché l'effettività della tutela e l'indipendenza e l'imparzialità del giudice divengono i parametri sovranazionali alla stregua dei quali valutare i sistemi giurisdizionali nazionali³.

Vi sono poi studi che pongono l'effettività della tutela insieme come punto di partenza e punto di arrivo. Così è nel nostro caso, perché uno studio sul fatto nel processo amministrativo spiega la sua utilità e al contempo è utile nella misura in cui muova e rispettivamente tenda all'esigenza di una più adeguata tutela delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti.

Se non vi è dubbio, infatti, che il giudice amministrativo conosca il fatto, l'attualità dell'analisi deriva dal porsi la domanda se il giudice conosca adeguatamente il fatto in un'ottica di tutela piena ed effettiva⁴.

Di quella premessa e di quell'obiettivo sarà allora necessario delinearne i tratti caratterizzanti, perché sin da ora sia riconoscibile il filo conduttore che unisce e lega funzionalmente i temi che saranno oggetto di analisi.

Non si tratta di un compito semplice, perché se in una visione puramente astratta sarebbe agevole individuare un concetto unitario di effettività come protezione della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, il discorso diviene più complesso quando il principio deve essere tradotto in norme processuali e i parametri della tutela piena ed effettiva vengono in concreto calati nel contesto di riferimento e si vanno a confrontare con la natura propria dell'ordinamento, eventualmente o necessariamente in rapporto con gli altri ordinamenti e con gli altri sistemi di tutela⁵. La complessità, che diviene indice della sua perdurante attualità e concreta utilità, è data altresì dal fatto che una risposta soddisfacente alla domanda di una tutela piena ed effettiva è in continua evoluzione, perché è destinata, e ancor prima chiamata, ad adeguarsi ai repentini cambiamenti della società e dei suoi bisogni.

Questo è tanto più vero con riguardo al sistema di giustizia che interessa l'analisi.

Il sistema di giustizia amministrativa, infatti, presenta indubbe peculiarità rispetto agli altri sistemi di tutela sin dalle origini⁶, quando alla domanda di tutela del cittadino

³ Sui rimedi giurisdizionali nell'ordinamento comunitario G. Falcon, *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, 271 ss.; Id., *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Giuffrè, 1997, 333 ss.

⁴ Si interroga sull'effettività della tutela in rapporto alla conoscenza completa diretta e completa del fatto F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1097 ss., spec. 1109.

⁵ Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici e sull'efficacia giuridica propria delle relazioni tra ordinamenti E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, 4 ss.

⁶ V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit.; V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione pubblica nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in Id., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 51 ss.; M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale (1985)*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1844 ss.; F. Cortese, *La solitudine della Costituzione*, in *Pòlemos*, 2010, 157 ss.; Id., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 329 ss.

ci si limitava a replicare «ebbene, che vi si rassegni»⁷ e in cui ciclicamente ci si è interrogati e ci si interroga sulle ragioni di sopravvivenza di una giurisdizione speciale⁸ e sulla adeguatezza e compatibilità delle tutele accordate dal giudice amministrativo alle esigenze della società civile moderna, più di recente alle prese con l'emergenza sanitaria, nella ricerca di un ordine non più nazionale, ma globale⁹.

Si vuole pertanto evidenziare che la storia del nostro sistema di giustizia amministrativa muove in una direzione per così dire opposta rispetto agli altri sistemi di giustizia – intendendo per altri sistemi di giustizia *in primis* quello civile, che rappresenterà un costante, seppur discusso, termine di raffronto nell'analisi¹⁰ – perché nasce senza avvertire propriamente quell'esigenza di tutela piena ed effettiva del cittadino nei confronti dell'amministrazione e del potere¹¹. Anzi, è necessario subito rilevare che nasce e si evolve sull'assunto della proclamata superiorità dell'amministrazione nei confronti del cittadino e con la preoccupazione di dettare le «guarentigie dell'amministrazione», non del cittadino, nei confronti del potere giudiziario e poi, nel mutare progressivo di quell'idea e di quel rapporto, si sviluppa in parte trasformando il suo stesso ruolo nell'ordinamento. Anche quando, con l'avvento della Costituzione nel 1948, il problema è stato reso evidente, la garanzia di

⁷ Cfr. S. Mancini, discorso nella seduta parlamentare che durò dal 9 al 22 giugno 1864 quando si discuteva del disegno di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo, pubblicato in A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione tipografica - editrice, 1904, 312 ss., spec. 350: « (...) sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, (...) sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli (...) sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Ed ecco, o signori, a questo punto sorgere il *criterio* proposto dai più illustri pubblicisti, e adottato dalla Commissione. Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degl'*interessi*? Ebbene, ch'ei si rassegni»; N. Paolantonio, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁸ Tra i molti si vedano M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Id.*, *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 567 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.; più di recente R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, 561 ss.

⁹ Riprendendo l'espressione di S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

¹⁰ Sul rapporto tra il diritto civile e il diritto amministrativo si vedano tra i molti E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 19 ss. secondo cui il «diritto privato «concorre a costituire il diritto amministrativo (...) non significa – come si è visto – negare la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato; significa, soltanto, asserire l'incompletezza delle definizioni correnti, le quali risultano unilaterali, perché condotte dalla parte della pubblica amministrazione, cioè di quella che, nello stato moderno è uno dei soggetti del diritto amministrativo».

¹¹ Imprescindibile il richiamo al discorso di S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunciato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, a cura di R. Porrini, Firenze, Barbera, 1900, spec. 28 ss.

tutela piena ed effettiva ha continuato a subire pesanti limitazioni nel processo amministrativo¹².

Quell'origine allora non va dimenticata, perché ancora ne permangono le tracce e perché, ai fini che interessano, condiziona fortemente l'analisi condotta sul potere del giudice di conoscere il fatto, in un processo in cui il privato, ancora oggi, non sempre rappresenta il fondamento della protezione e della tutela.

Dall'analisi storica emerge come in uno con il sistema di giustizia amministrativa sia lo stesso giudice amministrativo ad aver avuto un ruolo e un'evoluzione peculiari. Il giudice amministrativo è nato, infatti, come giudice *nell'amministrazione* in virtù dell'idea che l'amministrazione non poteva essere giudicata che da se stessa¹³. Con interventi spesso disorganici e stratificati, il giudice si è trasformato gradualmente in giudice *dell'amministrazione*, cioè in un giudice che *giudica* l'amministrazione, ma, ancora oggi, permane l'eco di quel «peccato originale», come è stato efficacemente definito dalla più autorevole dottrina¹⁴, e la giustizia amministrativa si trova a fare i conti con l'esigenza di superamento dei limiti storici delle garanzie giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione e dell'ingiustificata disomogeneità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive accordata dal giudice amministrativo¹⁵. Non è nelle

¹² Diffusa l'opinione secondo cui la Costituzione non ha fatto che confermare il sistema in precedenza vigente, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 50: «queste norme non fanno che confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale, non modificabili, quindi se non col procedimento della revisione della Costituzione. Una vera innovazione rappresenta il capoverso dell'art. 113 (...) la norma predetta determina l'abrogazione, immediata o meno, di tutte quelle leggi che dichiarino determinati provvedimenti sottratti ai comuni mezzi di impugnativa»; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1982, 1184 ss.; M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1966; *contra* E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 27 ss., spec. 44, che tenta «un'esegesi della norme costituzionali che prescindono dalle leggi non costituzionali e dalle relative conclusioni della dottrina e della giurisprudenza, poiché è sembrato più corretto tecnicamente e più conforme allo spirito della Costituzione esaminare le norme costituzionali in tema di giustizia amministrativa, al fine di coglierne i principi direttivi che debbono guidare l'interpretazione delle leggi vigenti e non già supporre, secondo un diffuso convincimento che la Costituzione si sia limitata a confermare sic et simpliciter il sistema anteriore con l'unica eccezione di vietare che i provvedimenti amministrativi possano essere in tutto o in parte sottratti al sindacato dei giudici»; R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss.

¹³ Parla di «embranchement di giurisdizione e amministrazione, la quale si rivela organicamente nella collocazione del Consiglio di Stato e dei suoi membri nell'ambito del complesso governo-amministrazione (...) funzionalmente nel fatto che il Consiglio, oltre che funzione giurisdizionale (...) svolge funzione consultiva e in più "presta" continuamente i suoi uomini all'amministrazione per l'esercizio delle più varie e impegnative attività amministrative» M. Nigro, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1051 ss.

¹⁴ L'espressione è di A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss.

¹⁵ Tra i molti che si sono occupati del tema di veda S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss. che nel sintetizzare la dinamica del percorso di sviluppo del modello italiano di giustizia amministrativa in termini di «dualismo a trazione monista», «si vuol dire che la concezione monista ha agito come fattore propulsivo dell'evoluzione del sistema dualista, imponendo, sotto la sempre latente prospettiva di una riesplorazione della

intenzioni di chi scrive, né potrebbe esserlo, occuparsi compiutamente dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa¹⁶. Si darà conto nel proseguo (*infra* §2), partendo dal nucleo originario risalente alle leggi del 1865 e del 1889, dei passaggi più significativi che rilevano nell'oramai definitivo, ancorché non pacifico, approdo ad un sistema di conoscenza del fatto nel giudizio (*infra* §4).

Nell'evoluzione della giustizia amministrativa e delle tutele accordate al cittadino nei confronti dell'amministrazione, e dunque del potere, si deve tener conto altresì delle dinamiche del potere e del mutato rapporto tra cittadino, amministrazione e potere. Si fanno, infatti, sempre più numerosi i casi di interazione, diretta o indiretta, del potere pubblico e con essi le istanze pretensive del cittadino di esercizio del potere da parte dell'amministrazione, che divengono probabilmente prevalenti qualitativamente e forse numericamente rispetto ai casi in cui il cittadino deve "difendersi" dal potere. Contestualmente, la volontà dell'amministrazione e con essa il provvedimento finale rimangono solo formalmente unilaterali perché, a fronte dei sempre più frequenti casi in cui rileva il comportamento del privato e la sua intermediazione nel procedimento, gli stessi divengono la risultante dell'apporto e del dialogo con l'altra parte del rapporto amministrativo, con evidenti e rilevanti conseguenze di ordine processuale. Si assiste, dunque, prima nel procedimento, e poi, eventualmente, nel processo, alla progressiva conformazione del potere pubblico alle istanze dei singoli e l'interesse pubblico in concreto perseguito diviene la risultante dinamica dell'incontro-confronto tra interessi pubblici e interessi privati nel contesto di riferimento, in cui la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati non è scontata e, anzi, di fronte a determinati interessi l'amministrazione assume un inequivoco atteggiamento di *self-restraint* confermato in giudizio da una talvolta eccessiva deferenza del giudice. Il potere e l'esercizio del potere divengono così nel giudizio oggetto di verifica non solo in termini di stretta legalità, ovvero in virtù dei parametri, più o meno puntuali fissati dalla legge, ma, intesi quale veicolo di

giurisdizione ordinaria anche nella sfera delle controversie di diritto pubblico, dapprima, che, per queste controversie, venisse creato un giudice in grado di sindacare l'esercizio del potere pubblico; poi, che tale giudice via via acquisisse, nei confronti dell'amministrazione, un grado di indipendenza avvicicabile a quello che caratterizza la posizione del giudice comune nelle controversie fra privati; infine, che il giudice in questione divenisse pienamente autosufficiente nell'assicurare piena tutela a tutte le situazioni soggettive del cittadino nell'ambito delle controversie di diritto pubblico, rendendo così inutile, in tale ambito, la supplenza, ancorché potenziale, del giudice ordinario».

¹⁶ Sull'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa tra i molti è imprescindibile il riferimento a E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964; Id., *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1957, 1077 ss.; Id., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 508 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976, 55 ss.; Id., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit.; F. Benvenuti, *Giustizia*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 589 ss.; Id., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 454 ss.; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; Id., A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.; G. Miele, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, Giuffrè, 1968, 9 ss.

prestazioni, vengono valutati sotto il profilo della relazione e del modo in cui le parti si sono vicendevolmente rapportate all'insegna della trasparenza, dell'efficienza, del principio di buona fede, ovvero di tutte quelle regole non scritte che hanno fatto perdere centralità alla legge rigorosamente intesa¹⁷.

A tal proposito, è necessaria una premessa metodologica perché quei temi saranno affrontati nella limitata ottica di inquadramento della ricerca e delle tematiche trasversali trattate. Si potrà allora forse comprendere e perdonare il fatto che a quei temi, che meriterebbero un'analisi ben più approfondita per essere esaurientemente trattati, verrà dedicato lo spazio presumibilmente necessario alla conduzione dell'oggetto principale di analisi e del suo contesto.

Si darà atto nelle pagine che seguono (*infra* §3) del mutato oggetto del processo e del ruolo del giudice, che, definitivamente superato il suo ruolo di garante della legittimità fine a se stessa, sembra oramai abbandonare anche i confini di un giudizio sul rapporto che intercorre tra cittadino e amministrazione strettamente inteso, per varcare le soglie di un giudizio sempre più penetrante, in cui a chi scrive pare che nel processo spesso si giunga a rifare il procedimento¹⁸.

Sono vari i riflessi di questa trasformazione che inducono a un necessario ripensamento di alcuni dei canoni più tradizionali, in primo luogo del principio di separazione dei poteri (*infra* Capitolo secondo, §6). Se in passato, infatti, quel principio ha giustificato e ha preteso una rigida affermazione dei limiti della giurisdizione amministrativa, il rischio è che così inteso divenga lettera morta. Da un lato, perché i confini tra amministrazione e giurisdizione si fanno sempre più indefiniti in giudizio e, dall'altro lato, perché le sezioni unite della Corte di Cassazione paiono di recente affermare con rinnovata convinzione il proprio ruolo di giudice deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione. Per le stesse ragioni, occorrerà interrogarsi sull'inesauribilità del potere amministrativo e del suo riesercizio a fronte di un probabile rimeditato effetto conformativo delle sentenze del giudice amministrativo (*infra* Capitolo secondo, §5). Emblematico di tale evoluzione e del mutato ruolo del giudice in rapporto con l'amministrazione il potere è poi il giudizio sull'invalidità del provvedimento amministrativo e, in particolare, quello condotto ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990, che non è altrimenti spiegabile se non ammettendo una complessiva riedizione dell'istruttoria procedimentale in sede processuale (*infra* Capitolo secondo, §3).

Questi profili nell'analisi che si condurrà nel secondo Capitolo sono tenuti distinti non solo per ragioni pratiche di sistematicità della trattazione, ma anche perché vanno

¹⁷ Sulla perdita di centralità della legge si vedano F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007; Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012; Id., F. Merusi, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 9.

¹⁸ M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss., ora anche in *Munus*, 2020, 1, XIII ss.

distinti sul piano logico-giuridico, tuttavia, sono spesso assimilati sul piano pratico in cui l'intreccio tra situazioni giuridiche sostanziali e strumenti di tutela appare quasi inestricabile e la connessione tra procedimento e processo inevitabile¹⁹.

Questi riflessi e il loro esame sarà strumentale all'oggetto principale dell'analisi, in quanto trovano un'efficace sintesi in un doveroso ripensamento del fatto nel processo amministrativo (*infra* Capitolo secondo, §1).

Vi è, infine, un'ultima considerazione da fare, che assume un particolare rilievo, quanto meno di ordine metodologico. I profili, cui si è accennato e che per ragioni di sintesi verranno raggruppati nel secondo Capitolo come "profili evolutivi", sono stati in parte anticipati dalla giurisprudenza e sotto questo profilo non possono dirsi propriamente tali. Sebbene l'analisi non possa che principiare dall'analisi anche storica del contesto normativo di riferimento e visti da quell'angolo di visuale quei profili appariranno sì propriamente evolutivi, questo spiega perché nel corso dell'esposizione sarà necessario dar conto anche dei principali sviluppi della giurisprudenza, che, secondo l'opinione condivisa dalla migliore dottrina, da sempre ha avuto, e continua ad avere, un ruolo creativo e integrativo nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa²⁰.

2. Le origini del giudizio sul fatto: dalla giurisdizione "propria" alla giurisdizione piena passando per la giurisdizione "anche in merito"

Il tema dell'accesso del giudice amministrativo al fatto non potrebbe essere compreso nella sua attuale problematicità e nei suoi potenziali sviluppi futuri se non prendendo le mosse dal nucleo originario del sistema di giustizia amministrativa²¹, che

¹⁹ Sul rapporto tra sostanza e processo nella giustizia amministrativa fondamentale l'opera di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 12 ss.

²⁰ Così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; sul contributo della giurisprudenza allo sviluppo del diritto amministrativo si veda anche S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss.; secondo cui «chi crede che il giudice amministrativo abbia svolto il compito di controllare se la condotta o gli atti dell'amministrazione sono conformi al parametro stabilito dalle leggi, è smentito dalla giurisprudenza. Sono pochissimi i casi nei quali il giudice rileva che la legge prescriveva una condotta, l'amministrazione ne ha seguita un'altra. Nella maggior parte dei casi, invece, il giudice amministrativo trae dalla Costituzione o dall'ordinamento principii, che poi applica al problema propostogli; mette ordine nelle norme, stabilendo quale debba applicarsi o prevalere; elabora standards destinati alla soluzione non solo del problema concreto, ma anche di fattispecie similari, ecc. In una parola, il giudice amministrativo elabora la norma da applicare al caso concreto». Si vedano altresì tra i molti P. D'Amelio, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 129 ss.; M. D'Alberti, A. Pajno, *Il giudice amministrativo fra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1996, 299 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, I, Padova, Cedam, 2000, 36 ss.; G. Morbidelli, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 763 ss.

²¹ Così A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 5 secondo cui «non è possibile cogliere il significato di ognuna delle singole componenti del

sul piano legislativo è rappresentato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 (l. 20 marzo 1865, n. 2248)²².

Lo si farà limitatamente e nella misura in cui lo stesso sia utile ai fini dell'oggetto principale dell'analisi. La prospettiva e la ragione di un'indagine dell'evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa è, infatti, quella di tentare di delineare i fondamenti della giurisdizione piena sul fatto, i cui precedenti possono rinvenirsi tanto nella giurisdizione "propria", quanto nella giurisdizione "anche in merito" e, per certi versi, nella giurisdizione esclusiva, che rappresentano le prime forme di sindacato caratterizzato dalla pienezza della cognizione dei fatti da parte del giudice. La circostanza che le stesse, per quanto si dirà, siano state inizialmente offuscate dalla giurisdizione generale di legittimità, che tradizionalmente si è invece contraddistinta per un limitato accesso del giudice al fatto, non ne sminuisce l'importanza, anche perché si è poi assistito a un inatteso ritorno alle origini e le stesse hanno rappresentato, quantomeno sotto tale profilo, il modello di riferimento.

Rimane ai margini dell'analisi il dibattito che la legge del 1865, ispirata dall'intento di una giurisdizione unica²³, che peraltro è apparsa secondo alcuni una conquista «più dottrinale che pratica»²⁴, ha alimentato sull'utilità dell'alternativa giurisdizione ordinaria o giurisdizione speciale²⁵ e sulla correttezza di individuare nella giurisdizione il criterio di risoluzione dei conflitti tra giurisdizione e amministrazione²⁶, la cui competenza era stata inizialmente attribuita al Consiglio di Stato (*infra* Capitolo secondo, §6)²⁷.

sistema, se non mediante il suo inquadramento nella complessa evoluzione legislativa e dottrinale che si è sviluppata, all'incirca nel mezzo secolo che va dall'unità d'Italia fino alla prima guerra mondiale (...) la scelta del punto di partenza si impone da sé: esso non può essere altro che l'esame della legge abolitrice del contenzioso amministrativo».

²² Per un'analisi della legislazione preunitaria si rinvia a M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

²³ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 63 ss.

²⁴ Così S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 28-29; secondo F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 3 ss. secondo cui la soluzione adottata dalla legge del 1889 e dalla successiva legge del 1890, che ha segnato il passaggio dal sistema monistico del 1865 ad un sistema dualistico «non è stata voluta e perseguita consapevolmente: è stata il risultato di due episodi di riforma ispirati ad ideologie e ad esigenze diverse (...) senza peraltro che ve ne fosse allora piena consapevolezza (chè anzi si continuava a ritenere vigente e a difendere il principio della giurisdizione unica)».

²⁵ Nel vuoto lasciato dalla legge e dalla giurisprudenza che l'applicò si consolidarono e si moltiplicarono le giurisdizioni speciali e si ampliò la zona degli interessi e delle controversie lasciati all'arbitrio dell'amministrazione contestualmente all'affermarsi di un'interpretazione molto restrittiva della espressione "diritto civile o politico".

²⁶ Sul tema si vedano M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; più di recente F. Merusi, E. Frediani, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

²⁷ Il giudice ordinario ha subito il peso concorrente dell'amministrazione, che, nonostante il tenore della legge, andava affermando il suo dominio su gran parte delle materie e la giurisdizione del giudice ordinario veniva esclusa ogni qualvolta l'amministrazione agiva *iure imperii* e non *iure gestionis*. Per un'analisi delle decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione si veda G. Mantellini, *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera editore, 1878.

Interessa invece il fatto che la legge del 1865, nel tentativo di cercare un equilibrio tra la cogente imperatività dell'azione amministrativa e la timidamente avvertita necessità di azionare le pretese del cittadino verso l'amministrazione, ha dato prevalenza alla prima con evidenti ricadute sull'effettività della tutela. Da un lato, infatti, la tutela era incentrata sui soli «diritti civili e politici»²⁸, mentre venivano restituiti all'amministrazione e di fatto lasciati privi di tutela «quegli affari non ricompresi nell'articolo precedente», che prima trovavano difesa davanti ai tribunali del contenzioso amministrativo. Dall'altro lato, anche con riguardo ai primi, cioè ai diritti lesi dagli atti dell'amministrazione, i poteri del giudice ordinario erano assai limitati. L'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E, infatti, pur di far salvo il principio tradizionalmente inteso della separazione delle funzioni e dei poteri e dell'insindacabilità di un potere su un altro²⁹, limitava la cognizione del giudice agli «effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto del giudizio» e, in ogni caso, gli vietava di annullare gli atti amministrativi pur lesivi dei diritti soggettivi. Dall'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E, si ricavava poi che l'atto amministrativo non conforme a legge, *rectius* illegittimo, poteva solo era disapplicato³⁰, ma non annullato, in quanto «rappresentava, prima che un potere, una manifestazione di libertà dell'amministrazione» che doveva convivere con la libertà dell'individuo «senza negarsi a vicenda»³¹.

Nell'accennato contesto di generalizzata limitazione quantitativa e qualitativa della tutela³² e con essa di un accesso significativamente ridotto del giudice al fatto, un ruolo peculiare era svolto dal Consiglio di Stato nelle ipotesi di giurisdizione “propria” previste dall'art. 10, l. n. 2248/1865, all. D, che si contrapponevano ai casi di giurisdizione sui ricorsi al re in cui il Consiglio di Stato partecipava solo in via consultiva limitando l'esame degli atti alla sola legittimità³³.

²⁸ Sul tema si veda F. Benvenuti, *Giustizia*, cit.

²⁹ Sul principio di separazione dei poteri e, in particolare, sui risvolti derivanti dall'accesso del giudice al fatto si dirà *infra* Capitolo secondo, §6.

³⁰ L'art. 5 così dispone: «In questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

³¹ Così F. Benvenuti, *Giustizia*, cit., secondo cui «il fatto di aver bloccato la disciplina della tutela intorno alla situazione soggettiva lasciava dunque impregiudicato il problema del valore e della portata del provvedimento amministrativo. Il non aver inserito questo essenziale profilo nella disciplina della tutela, altro che nei limiti necessariamente recessivi della disapplicazione comportava una grossa ipoteca su tutta la sistemazione allora raggiunta».

³² Così L. Verrienti, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 453 ss. che ricorda come «nei primi anni di applicazione della l. cont. amm. la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione fu ammessa soltanto per i cosiddetti atti di gestione, con esclusione degli atti di impero emanati dalla pubblica amministrazione: ciò in quanto, come affermava il Consiglio di Stato, in qualità di giudice dei conflitti, «non è lecito chiamare l'autorità amministrativa avanti alla giudiziaria a rendere conto dell'esercizio delle sue attribuzioni», o «sostituire privati periti agli uffici tecnici governativi, o la giudiziaria all'autorità amministrativa»

³³ Sul tema si vedano A. Police, *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a.*, in Aa. Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 77 ss.; A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Aa. Vv., *Le riforme crispine*.

Nelle materie di giurisdizione propria, infatti, astrattamente non era preclusa alla cognizione del giudice amministrativo nessuna questione di fatto e di diritto. In particolare, tra le materie proprie c'era il contenzioso sul debito pubblico («sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e dalle altre sul debito pubblico»), che sin dall'origine era stato sottratto al giudice ordinario³⁴; le controversie relative ai rapporti con le autorità ecclesiastiche che si volevano sottrarre alle potenziali interferenze con i giudici ordinari³⁵; nonché altre materie che erano deferite al Consiglio di Stato dalle leggi generali del regno, tra cui la revoca delle concessioni minerarie e i vincoli forestali³⁶. Si trattava di materie ritenute essenziali per l'economia dell'epoca (debito pubblico, miniere e vincoli forestali), che per ragioni diverse erano rimesse ad un sindacato del giudice amministrativo sul fatto potenzialmente più ampio, in una logica di pieno controllo dell'economia da parte dell'esecutivo³⁷. La giurisdizione propria può, dunque, rappresentare l'antecedente storico più vicino alla giurisdizione piena. Si trattava tuttavia di un numero limitato di materie, con la conseguenza che l'accesso al fatto all'epoca rappresentava nient'altro che un'eccezione alla generale regola del giudizio sull'atto.

Con la l. 31 marzo 1889, n. 5992 è stata istituita all'interno del Consiglio di Stato la IV sezione “per la giustizia amministrativa”, ma, sotto il profilo dell'effettività della tutela e dell'accesso del giudice al fatto, le cose non sono cambiate³⁸. L'originaria natura amministrativa, secondo molti più giustiziale che giurisdizionale³⁹, se per un

Giustizia amministrativa, II, Milano, Giuffrè, 1990, 77 ss.; R. Meregazzi, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. Miele, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 199 ss.; P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958, 50 ss.

³⁴ Per una ricostruzione storica della legislazione sul debito pubblico si veda F. Cammeo, *I titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 1, 99 ss.; più di recente sul contenzioso in materia F. Merusi, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 3 ss.

³⁵ Sul tema P.A. D'Avack (a cura di), *La legislazione ecclesiastica*, in *L'istruzione e il culto*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

³⁶ Sul tema L. Luzzati, *Una conversazione con Michele Chevalier sulla legislazione delle miniere e delle foreste. Lettera aperta del deputato Luzzati al deputato Sella*, in *Giorn. economisti*, 1875, 2, 145 ss.

³⁷ Così F. Merusi, E. Frediani, *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, cit., 68 secondo cui si potrebbe ipotizzare che nelle competenze proprie del Consiglio di Stato «ci sia stata una logica di “controllo” dell'economia da parte dell'esecutivo».

³⁸ Sul tema si veda N. Paolantonio, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, cit.; F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabile secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.; F. Merusi, *Incontri pericolosi ... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss.

³⁹ Sulla natura giustiziale e non giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato si veda V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, 1907, III, 711 ss., spec. 818, che rileva che «una soluzione assoluta e generale non è possibile, ma che invece occorre applicare principii diversi a seconda delle diverse materie su cui la competenza di merito si esercita» e che per la qualificazione giurisdizionale «debbono concorrere due elementi: che la materia sottoposta al giudizio implichi

verso ha giustificato nel pieno rispetto della separazione dei poteri, il potere della quarta sezione al più quale giudice *nell'amministrazione*, non giudice *dell'amministrazione*, di pronunciare l'annullamento degli atti amministrativi, per altro verso ha lasciato del tutto irrisolto e forse volutamente incompreso il problema della differenziazione tra la tutela e le modalità di tutela accordate ai diritti soggettivi e quelle accordate agli interessi legittimi⁴⁰.

controversia sopra un diritto subbietivo; che, in rapporto a tale dichiarazione, l'unica autorità competente sia l'autorità amministrativa chiamata a decidere. E fu precisamente quest'ultimo elemento che più ci affaticò quanto volemmo determinare il carattere della competenza generale della IV Sezione». Sul tema si veda altresì A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 516 rileva che «l'Ufficio centrale del Senato, che pure parlò ripetutamente della *suprema giurisdizione amministrativa*, che si andava ad istituire, e riconobbe il carattere giudiziale dei suoi pronunciati e della sua procedura, volle che le si desse facoltà di *decidere*, non di *giudicare*; perché parve più conforme all'indole di questa giurisdizione il *decidere* che il *giudicare*; questa attribuzione più propria del *giudice*; quella conciliabile con l'ufficio di *amministratore*»; parla di «balletto fra i termini "contenzioso" e "giurisdizione" e "giustizia amministrativa"» per qualificare l'attività della IV sezione F. Merusi, *Incontri pericolosi ... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss. Di quell'origine "giustiziale" e "non giurisdizionale", si continuano ancora oggi a far discendere una serie di caratteristiche, per alcuni vizi capitali, della IV sezione del Consiglio di Stato, in parte frutto più di miti in altri casi effettivamente rispondenti alla realtà tra cui la vicinanza di questo giudice con il potere esecutivo, la sua natura e fisiologica "cedevolezza" rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico; la commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive (o addirittura amministrative). Sul tema si vedano A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss. secondo cui «alla critica circa la vicinanza, o meglio la "contiguità" del giudice amministrativo con il potere esecutivo, si potrà agevolmente rispondere che tale circostanza se è stata vera in una determinata porzione dell'esperienza repubblicana, molto meno lo è stata nella triste stagione dell'ordinamento corporativo, o nella recente attualità caratterizzata da una tendenza del tutto opposta, sia per una sostanziale preclusione ed un rigido argine alla collaborazione dei giudici amministrativi negli uffici di staff, sia per una dichiarata insofferenza del potere esecutivo rispetto ai giudici amministrativi (ed ancor più al peso del loro sindacato demolitorio). Ed anzi questa significativa insofferenza del potere esecutivo sia a livello statale, sia a livello regionale, sia a livello di enti territoriali pare in evidente contraddizione con la supposta strutturale "cedevolezza" del giudice amministrativo rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico. Anche le censure circa la commistione dei ruoli nella titolarità delle funzioni giurisdizionali e di quelle consultive, potrebbero essere considerate il frutto di una sopravvalutazione dottrinarie se solo lo si esamina in una prospettiva comparata alla luce della giurisprudenza delle Alte corti europee rispetto ad analoghe istituzioni di Paesi dell'Unione». Sotto quest'ultimo aspetto si vedano S. Mirate, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, a cura di A. Sandulli e G. Piperata, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 67 ss.; M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 35; A. Travi, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505 ss.

⁴⁰ F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 11 secondo cui «l'obiettivo della pienezza della tutela, ammesso che fosse nelle prospettive dei riformatori (come si può dedurre dal vano tentativo, di poco successivo, di introdurre la c.d. doppia tutela), non fu affatto raggiunto». Esula dalla presente analisi il tema del riparto di giurisdizione. La bibliografia sul tema è amplissima. Sia consentito il rinvio a F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 85 ss.; V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italica, 1979. Sul tema della doppia tutela O. Ranalletti, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, 1892, ora in Id., *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 1 ss.; Id., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, ivi, 91 ss. La tesi della doppia tutela è stata affermata da E. Guicciardi, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 33 ss., ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 34 ss. secondo cui «quando l'Amministrazione abbia violato, entro

Gli anni successivi alla riforma del 1889 sono stati gli anni che autorevole dottrina ha definito «gli anni delle occasioni mancate, dei tentativi falliti di correggere le inconseguenze maggiori della legislazione del 1865 e del 1889»⁴¹, nella confusione tra diritti e interessi, un po' per effetto dell'insufficiente determinazione del ruolo del giudicante, un po' per la molteplicità e difformità dei criteri di attribuzione e per il mantenimento delle numerose giurisdizioni speciali.

Sarà dedicato ampio spazio all'attività istruttoria nel terzo Capitolo, che assume un ruolo centrale nel pieno, e cioè adeguato, accesso del giudice al fatto⁴², ma già in questa sede è opportuno rilevare che vi erano delle materie in cui il legislatore ha prestato maggiore attenzione al rapporto tra il provvedimento e i fatti⁴³, così attribuendo alla quarta sezione più ampi poteri istruttori. In particolare, l'art. 16, l. n. 5992/1889 attribuiva alla quarta sezione, «prima di decidere sul merito», il potere di richiedere all'amministrazione «schiarimenti o la produzione di documenti» o di ordinarle «di far nuove verificazioni» nel caso in cui i fatti affermati nel provvedimento impugnato fossero in contraddizione con le risultanze dei documenti.

Le materie in cui la quarta sezione decideva «pronunziando anche in merito» erano elencate all'art. 4, l. n. 5992/1889⁴⁴ e in parte coincidevano con quelle già di giurisdizione propria del Consiglio di Stato previste dalla l. n. 2248/1865 (ad esempio materia ecclesiastica, debito pubblico), in parte erano state attribuite al Consiglio di Stato tra il 1865 e il 1889 (ad esempio la materia forestale, il contenzioso elettorale), in parte provenivano dal contenzioso amministrativo preabolizione. Si trattava di materie eterogenee, nelle quali il tratto comune era rappresentato da una tendenziale e pretesa conoscenza completa dei fatti, la quale per sé sola era sufficiente alla risoluzione delle controversie. Si pensi ai giudizi elettorali o alle controversie sulla classificazione delle strade, nei quali la materia era minuziosamente regolata dal legislatore e, dunque, i poteri conferiti al giudice dovevano servire ad un più accertamento dei fatti posto a base della decisione. Il giudizio di merito nasce, dunque,

lo stesso rapporto, una norma posta a garantire un diritto individuale e una norma posta ad assicurare l'interesse pubblico, ed il suo atto sia quindi insieme illecito ed illegittimo, il cittadino può difendere il suo diritto soggettivo davanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, e al tempo stesso difendere il suo interesse semplice, per la sua coincidenza coll'interesse pubblico protetto dalla legge, davanti al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto»; Id., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, 66 ss., ora in *Studi di giustizia amministrativa*, cit., 55 ss. nel quale ribadendo il criterio della “doppia tutela”, afferma che ciò che rileva è la norma violata e dunque «si può dire senz'altro: *norma di relazione, giudice ordinario, norma d'azione, giudice amministrativo*».

⁴¹ Così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.

⁴² Su cui tra tutti si veda F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.

⁴³ Si veda E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911, 92 ss.

⁴⁴ M. Nigro, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969; ora anche in Id., *Scritti giuridici*, II, cit., 857 ss., che rileva «a me pare che la giurisdizione amministrativa di merito sia nata storicamente (...) sotto il segno della più grande confusione. Questa giurisdizione è stata una specie di panierino nel quale si è rovesciato tutto quello che non si voleva e non si riusciva a collocare altrove».

come giudizio sul fatto⁴⁵, nel quale il giudice, che solitamente si arrestava di fronte al potere dell'amministrazione di disporre degli effetti che la norma ricollegava all'atto e che si limitava al rispetto della valutazione dei principi generali dell'attività amministrativa, conosceva anche di quegli effetti e poteva così sostituirsi all'amministrazione per regolare direttamente e nella sua interezza il rapporto controverso⁴⁶.

Nell'intento originario, il giudizio sull'opportunità del provvedimento rappresentava un aspetto residuale, senonché proprio su quest'ultimo aspetto si è concentrata la dottrina⁴⁷ e i giudici, un po' anche per il timore di oltrepassare i limiti delle proprie attribuzioni, si sono trovati presto a rifuggire dal giudizio sui fatti e la giurisdizione di merito è presto divenuta giudizio sull'opportunità e sulla convenienza amministrativa⁴⁸.

La giurisdizione anche in merito della quarta sezione del Consiglio di Stato, che rileva ai fini che interessano in quanto importava nella maggior parte dei casi una cognizione e valutazione completa dei fatti che erano alla base del provvedimento impugnato, in ragione dei più ampi poteri istruttori attribuiti al giudice amministrativo, è rimasta in definitiva nello sfondo, per un verso perché speciale e contrassegnata dal principio di enumerazione delle materie, per altro verso per il fatto che sin dalle origini è stata soffocata dall'importanza della giurisdizione di legittimità⁴⁹.

La quarta sezione del Consiglio di Stato ben presto ha rinunciato ad esercitare i poteri istruttori previsti dall'art. 16 l. n. 5992/1889 e, dopo un'iniziale attenzione al rapporto tra il provvedimento e i fatti, l'accertamento di questi ultimi è stato immediatamente ricondotto al livello e al limite della verità risultante dai documenti⁵⁰ e contestualmente si è affermata quella presunzione di legittimità degli atti

⁴⁵ Sulla giurisdizione anche in merito della IV sezione si veda altresì V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 815 ss.

⁴⁶ L. Mortara, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentrazione e trasformazione di opere pie*, in *Giust. amm.*, 1891, 1, 5 ss. anche in *La legge*, XXXVIII, II, che dopo aver stabilito l'equivalenza tra la giurisdizione propria riconosciuta al Consiglio di Stato nei casi di cui all'art. 10 l. 2248/1865, all. d e la giurisdizione anche in merito dell'art. 4 l. 5992/1889, rileva che il carattere di giurisdizione piena implicava la potestà di decidere in sostituzione del giudice ordinario, da cui la tendenziale esclusività della giurisdizione di merito.

⁴⁷ Sostengono la tesi del merito come opportunità L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 5 ss.; R. Porrini, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni con la giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, 1891, 14 ss.

⁴⁸ Cass., sez. un., 16 marzo 1896, in *Foro it.*, 1896, XXI, 956 ss.

⁴⁹ Così F. Benvenuti, *Giustizia*, cit., secondo cui «che presso di noi l'apertura dell'indagine del giudice amministrativo al cosiddetto merito mostrasse collegamenti con l'impostazione del giudizio in termini di tutela piena, dovrebbe ormai essere un dato acquisito alla storia della nostra giustizia amministrativa».

⁵⁰ A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1900, 249 ss.

amministrativi che in sede processuale si traduceva in un'inversione dell'onere della prova a danno del ricorrente⁵¹.

Sotto questo profilo la giurisdizione anche in merito ha rappresentato più che un tentativo, un'occasione, forse volutamente mancata, di estendere la giurisdizione amministrativa alla piena conoscenza del fatto, che è rimasta offuscata dalla logica e dai criteri del giudizio di legittimità, incentrato sul provvedimento e sulla separazione tra diritti e interessi⁵².

Le cose non sono cambiate nemmeno quando nel 1907 è stata istituita la quinta sezione del Consiglio di Stato con espressa giurisdizione di merito, per distinguerla dalla giurisdizione di legittimità della quarta sezione⁵³. L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 recante il "regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato", consentiva infatti alla sola quinta sezione di «assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni», mentre i poteri istruttori della quarta sezione erano, in base all'art. 26 limitati all'acquisizione di «quegli atti e documenti (...) necessari per la decisione della controversia» o, al più, alla richiesta all'amministrazione di eseguire nuove verificazioni⁵⁴.

Nonostante le origini, della giurisdizione anche in merito il profilo del giudizio sull'opportunità ha sollecitato, come già evidenziato, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza molto di più del profilo del giudizio sul fatto e si è presto intesa la decisione di merito come decisione sull'opportunità, più che decisione con piena cognizione dei fatti e, dunque, più opportuna⁵⁵.

Una delle ragioni è forse dovuta alla circostanza che l'idea dominante del processo amministrativo come giudizio sull'atto, ha condizionato negativamente anche l'evolversi e l'affermarsi di un giudizio sul fatto. La conoscenza del fatto era infatti inizialmente riferita al solo provvedimento e non si collocava in un giudizio più ampio sul rapporto, con la conseguenza che la conoscenza del fatto si arrestava alla valutazione dell'opportunità del provvedimento, che rappresentava l'unico oggetto del giudizio⁵⁶.

⁵¹ Sull'evoluzione in tal senso si veda F. Benvenuti, *Giustizia*, cit.

⁵² Sulle vicende del concetto di merito A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.

⁵³ Sul tema si veda L. Torchia, *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la «carta giurisdizionale» del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 177 ss.

⁵⁴ Si vedano i commenti agli artt. 26 e 27, G. De Giorgi Cezzi, *Commento dell'art. 26 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini, Torino, Utet, 2007, 255 ss.; Id., *Commento dell'art. 27 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 – Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, ivi, 259 ss.

⁵⁵ Sul tema si veda G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, 31 ss.

⁵⁶ F. Benvenuti, *Giustizia*, cit.; Id., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti, G. Miglio, Vicenza, Neri Pozza editore, 1969,

Sicuramente anche l'aver configurato le due sezioni come due giurisdizioni speciali e, in particolare, la quinta sezione come giurisdizione sull'opportunità amministrativa⁵⁷ ha contribuito ad alimentare quell'idea di eccezionalità e, dunque, di residualità, della giurisdizione anche in merito ⁵⁸ rispetto a quella generale di legittimità.

Nemmeno il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, nel quale sono confluite le norme antecedenti, è riuscito a rispondere alle esigenze emerse nei decenni precedenti⁵⁹.

Il tema che qui rileva dell'attribuzione al giudice di poteri pieni, e, in particolare, indipendentemente dalla materia, dei poteri necessari per conoscere il fatto è rimasto

65 ss.; L. Mortara, *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramenti e trasformazione di opere pie*, cit.; Id., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, I, Milano, Vallardi, 1903, 404 ss. che evidenziava l'esclusività della giurisdizione di merito, nel senso che il Consiglio di Stato aveva la potestà di decidere in sostituzione del giudice ordinario: «se la materia preveduta tutta è deferita alla giurisdizione di merito del consiglio di stato non ci può essere luogo a riserve od esclusioni» e con particolare riguardo alle questioni in materia di trasformazione o concentramento di opere pie devolute alla giurisdizione di merito «quando una contestazione deve essere, a norma di legge, decisa nel merito dalla quarta sezione del consiglio di stato, appartengono alla competenza di questo magistrato tutte le questioni preliminari e incidentali».

⁵⁷ Così E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, cit.

⁵⁸ Secondo G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 215 ss. «come nelle giurisdizioni di equità alla funzione giurisdizionale si aggiunge quella legislativa, così nella giurisdizione di merito alla stessa funzione si aggiunge un'attività amministrativa: può dirsi, con molta approssimazione, che in essa si ha una funzione di amministrazione attiva, esercitata con le garanzie formali del contraddittorio e del giudizio ossia in forma giurisdizionale (...) l'organo giurisdizionale, in questa materia, si sostituisce all'organo amministrativo ed esercita, in forma di decisione, un'attività amministrativa»; sulla competenza di merito si veda V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 815 ss.; F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, Utet, 1934, 426 ss.; A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 747 ss. Si vedano anche A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Atheneum, 1917; F. Rovelli, *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 244; C. Vitta, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 265 i quali opinano che il giudice di merito espliciti un'attività mista: giurisdizionale e legislativa. Anche C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1937, I, 600 ss., cambia opinione e protende per la tesi secondo cui il giudice di merito esplica, in forma contenziosa, attività amministrativa; O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 16 considera quasi legislativa l'attività del giudice amministrativo di merito: in tutti i casi in cui il giudice «non trova nel diritto positivo vigente la norma da applicare al caso concreto, per risolvere la questione a lui sottoposta, ma la pone egli stesso per il caso, di cui si tratta (...) in questi, come abbiamo detto, non compie più solo una funzione giurisdizionale, cioè di risoluzione di una questione giuridica mediante l'applicazione del diritto esistente al caso concreto, ma una funzione di *creazione* del diritto (...) così come in generale fa il legislatore». Di contrario avviso E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950, 69 ss., spec. 86 secondo cui «il giudice di merito, nel riformare un atto amministrativo, esplica contemporaneamente una funzione giurisdizionale ed una funzione amministrativa». Prevalde la tesi secondo cui la giurisdizione di merito è vera e propria giurisdizione, così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 261; in senso analogo R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 262, che ricorda come «la più recente dottrina si è venuta in prevalenza convincendo che in sede di competenza di merito il Consiglio di Stato svolge attività sotto ogni punto di vista giurisdizionale».

⁵⁹ A. Romano, *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, R. Villata, Padova, Cedam, 2009, 1117 ss.

ancora una volta in sottofondo ed è prevalsa l'idea che la giurisdizione amministrativa è generalmente una giurisdizione di legittimità e che i casi di giurisdizione nei quali il giudice decide pronunciando, come si diceva, “anche in merito” sono limitati e eccezionali⁶⁰.

L'art. 44 r.d. n. 1054/1924 per la prima volta ha attribuito al giudice, accanto al potere di richiedere «schiarimenti o documenti», ovvero di ordinare all'amministrazione di fare nuove verificazioni, il potere, anche nelle materie diverse da quelle di merito, di disporre la consulenza tecnica e nei giudizi di merito ha autorizzato il Consiglio di Stato ad «ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura». Nella prassi gli effetti del processo da ricorso originariamente inteso si sono proiettati anche nell'istruzione probatoria. Il giudice amministrativo, infatti, non aveva diretto accesso al fatto e, anche nei casi in cui decideva in merito, lo “conosceva” per come mediato dalla documentazione depositata in giudizio, nella maggior dei casi dalla sola amministrazione che ne aveva la disponibilità, con evidenti ricadute sull'effettività della tutela del singolo.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito: 1) dei sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; 2) dei ricorsi per contestazioni fra Comuni di diverse Province per l'applicazione della tassa istituita dalla L. 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O; 3) dei ricorsi per contestazioni sui confini di Comuni o di Province; 4) dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico; 5) dei ricorsi in materia di consorzi per strade, le quali tocchino il territorio di più Province; 6) dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici, sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; 7) dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse Province del Regno siano state di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato; 8) dei ricorsi contro il decreto emanato dal Prefetto per provvedere, ai termini del terzo capoverso dell'art. 132 della legge comunale e provinciale, T.U. 4 febbraio 1915, n. 148, all'amministrazione della proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo; 9) dei ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle Province e degli enti interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale; 10) dei ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonifica di prima categoria costruite dallo Stato direttamente o per sua concessione da enti o privati, nonché in materia di consorzi per opere di bonifica della stessa categoria, ai termini dell'art. 56, comma primo e secondo del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3256; 11) dei ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali e comunali; 12) dei ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse, esistenti o che potessero occorrere, attorno alle strade nazionali, od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime; 13) dei ricorsi contro i provvedimenti del Prefetto e contro le deliberazioni in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali; 14) dei ricorsi contro le deliberazioni in materia di pedaggi sui ponti e sulle strade provinciali e comunali; 15) dei ricorsi contro provvedimenti ordinati dal Prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle Province e dello Stato, eccettuati quelli indicati nella 2a parte della lettera b) dell'art. 70 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161 30; 16) dei ricorsi contro le decisioni pronunziate dalle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale nei casi in cui le giunte stesse esercitano giurisdizione anche nel merito; 17) dei ricorsi relativi a tutte le controversie, che da qualsiasi legge generale o speciale siano deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito.

3. (Segue): la giurisdizione esclusiva tra giudizio sul fatto e giudizio sull'opportunità

Le evidenziate criticità della giurisdizione di merito nell'accesso al fatto si sono riproposte anche nei casi di giurisdizione esclusiva introdotti dall'art. 8, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 e poi riportati nell'art. 29, r.d. n. 1054/1924⁶¹.

Al di là di quelle che erano le aspettative iniziali, di un giudizio nel quale il profilo dell'atto imperativo avrebbe potuto essere sostituito dal profilo del rapporto e nel quale il ricorrente agiva a tutela di una situazione giuridica soggettiva, senza che rilevasse la natura di diritto o interesse, la riforma del 1923 non ha dato vita ad un'autonoma e unitaria figura di giurisdizione amministrativa⁶² e la giurisdizione esclusiva sin dall'inizio è stata impostata e condizionata dal modello del processo da ricorso e dai suoi tabù. L'aver reso "esclusivo" il potere del giudice amministrativo relativamente a una serie di controversie non è stato cioè sufficiente per modificare rispetto a quelle materie l'essenza della tutela e i limiti della cognizione e dei poteri del giudice amministrativo.

Anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, in cui il giudice decideva come giudice di merito, si riproponevano, infatti, le criticità già evidenziate e il giudice non faceva uso dei più ampi poteri che la legge gli attribuiva per accedere al fatto.

⁶¹ Sono attribuiti all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale: 1) i ricorsi relativi al rapporto d'impiego prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti od istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato o da agenti di ferrovie e tramvie concesse all'industria privata ai sensi dell'art. 15 del R.D.L. 19 ottobre 1923, n. 2311 quando non si tratti di materia spettante alla giurisdizione della Corte dei Conti o a quella di altri corpi o collegi speciali; 2) i ricorsi contro i provvedimenti che autorizzano o negano la fondazione di istituzioni pubbliche di beneficenza, o di istituzioni pubbliche di istruzione e di educazione, o che ne approvano o modificano gli statuti; 3) i ricorsi relativi al concentramento, al raggruppamento, alla fusione, alla trasformazione, alla costituzione in consorzio o alla federazione delle istituzioni pubbliche indicate nel numero precedente o ad esse equiparate a norma dell'art. 91 della L. 17 luglio 1890, n. 6972; 4) le controversie tra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti la interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico; nonché le controversie indicate nell'art. 14 della L. 27 aprile 1885, n. 3048; 5) i ricorsi circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la Provincia e per il Comune, ai termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica; 6) i ricorsi in materia di ospitalità e di ricovero degli inabili al lavoro; 7) le controversie relative alle spese per gli alienati previste dall'art. 7 (primo comma) della L. 14 febbraio 1904, n. 36; 8) i ricorsi contro il decreto del Prefetto che, in seguito al reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio d'industrie insalubri o pericolose ai termini degli artt. 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144, e dell'art. 68 legge sanitaria, T.U. 1° agosto 1907, n. 636 34; 9) i ricorsi contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative emesse in materia di loro esclusiva giurisdizione. I ricorsi previsti dai nn. 1, 6 e 7 del presente articolo sono ammessi soltanto per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge. Su quelli previsti dai nn. 2, 3, 4, 5, 8 e 9, il Consiglio di Stato pronunzia anche in merito, salvo per i ricorsi di cui al n. 9 quanto è disposto in contrario dal secondo comma dell'art. 22 del testo unico delle leggi sulla giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale.

⁶² F. Benvenuti, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 325 ss. parla di «ibrido in cui il giudice può assicurare entrambe queste tutele conoscendo contemporaneamente di interessi e di diritti».

Successivamente, anche l'occasione dell'istituzione dei tribunali amministrativi regionali nel 1971 (l. 6 dicembre 1971, n. 1034), come si è affermato, «è stata clamorosamente sciupata»⁶³ e non ha avuto né grande fortuna né alcuna speranza di inverarsi⁶⁴.

Gli artt. 7 e 8, l. n. 1034/1971, si limitavano a richiamare le norme precedenti del testo unico del 1924 per delineare tassativamente le materie nelle quali il tribunale amministrativo esercitava giurisdizione di merito, giurisdizione esclusiva, e, nell'ambito di queste ultime, i casi in cui giudicava anche in merito. Per quanto riguarda i poteri, anche istruttori, del giudice, da un lato, il testo unico rinviava alle norme di procedura che si osservavano dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dall'altro lato, l'art. 26, in maniera innovativa rispetto al passato, prevedeva che quando il giudice «è investito di giurisdizione di merito può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» e, limitatamente alle materie relative a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito il giudice «può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice».

Sotto il profilo dei poteri del giudice e del pieno accesso al fatto nelle materie di giurisdizione esclusiva, è con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che si è avuto un primo compiuto tentativo di codificazione di una giurisdizione piena del giudice amministrativo⁶⁵. Dopo gli artt. 33 e 34 che contenevano un'elencazione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'art. 35 delineava un giudizio nuovo e diverso da quello sino a quel momento conosciuto nella giurisdizione esclusiva sia sotto il profilo dei poteri istruttori sia sotto il profilo dei poteri decisori, nella parte in cui prevedeva che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» e che «può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento». Sotto questo profilo, seppure la norma sia stata definita in dottrina «dal tenore succinto» ovvero «dal contenuto talvolta ermetico»⁶⁶, la tutela delineata dal legislatore del 1998 rappresentava un evidente tentativo di accrescimento sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo dei poteri del giudice amministrativo nell'ottica di una

⁶³ F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 25 secondo cui «nonostante l'indubbio rilevante impatto sul sistema della giustizia amministrativa, la legislazione del 1971 non ha dato luogo ad una riconsiderazione globale e sistematica dei mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione, né ha introdotto una disciplina processuale esauriente».

⁶⁴ M. Nigro, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1815 ss. ora anche in Id., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 39 ss.

⁶⁵ S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss.

⁶⁶ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 41.

tutela piena, svincolato da ogni possibile condizionamento derivante dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio inverandosi l'auspicio di chi da lunghi anni aveva invocato la creazione di un giudice dotato di cognizione piena sulle pretese dei ricorrenti⁶⁷.

Seppure l'attenzione dei più si sia concentrata sulla risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi⁶⁸, in questa sede l'introduzione di quell'azione rileva non tanto in sé, quanto in un discorso più ampio sui maggiori poteri non solo di decisione, ma ancor prima di istruzione probatoria e di cognizione sul fatto e sul rapporto, anche se limitatamente ad alcune materie. L'apertura alla piena cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo costituisce uno dei profili di maggior rilievo e più innovativi del d.lgs. n. 80/1998 che, nell'attribuire al giudice amministrativo il potere di disporre l'assunzione di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, richiamava il modello originario, ma mai definitivamente percorso, della giurisdizione "anche in merito" quale attitudine a conoscere i fatti e a tutelare i rapporti con cognizione piena⁶⁹.

⁶⁷ F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, cit., 65 ss.

⁶⁸ Tra i molti si veda E.A. Apicella, *Giurisdizione esclusiva su concessioni di beni pubblici e risarcimento del danno tra orientamenti giurisprudenziali ed innovazioni del d.lg. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2641 ss.; E. Follieri, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, 453 ss.; G. Virga, *Le riforme a metà (prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L. n. 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 1, 286 ss.

⁶⁹ La tesi è confermata, seppure in un *obiter dictum*, dalla nota sentenza Cass., sez. un., 1999, n. 500. Si afferma che con l'art. 35 d.lgs. n. 80/1998 «viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all'eliminazione dell'atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del "danno ingiusto" (già precluso dall'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che riservava al giudice ordinario, anche nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni relative ai diritti patrimoniali consequenziali, comunemente identificati con il risarcimento del danno, e che è stato abrogato in tale parte dall'art. 35, comma 4, con conseguente estensione dei poteri del giudice amministrativo anche nelle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva previste da altre norme precedenti)». Sono infatti pressoché analoghi i poteri riconosciuti al giudice amministrativo dall'art. 26 t.u. 1971 e dall'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, che non incontrano i tradizionali limiti del sindacato nel giudizio di legittimità. In particolare, per quanto riguarda i poteri di cognizione, è consentito al giudice accertare autonomamente i fatti, apprezzare la corrispondenza tra il fatto e la fattispecie astrattamente prevista dalla norma, determinare l'esatta attuazione del principio di diritto stabilito in sentenza. Quanto ai poteri istruttori, è consentito al giudice l'utilizzo di mezzi di prova che non sono consentiti nell'esercizio della competenza di legittimità. Vi è però una differenza con riguardo ai poteri decisorii, perché mentre l'art. 26, co. 3, t.u. 1971 consentiva al giudice di «riformare l'atto» o addirittura di «sostituirlo»; l'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 80/1998 dispone la reintegrazione della situazione giuridica soggettiva lesa, anche in forma specifica attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo o la condanna dell'amministrazione ad un *facere* o a un *dare*, ovvero ad un generico *praestare* il risarcimento per equivalente del danno ingiusto, ma non prevede che il giudice possa sostituirsi direttamente all'amministrazione. Mancava dunque nella giurisdizione esclusiva quel potere di sostituzione che caratterizzava la giurisdizione di merito e che aveva suscitato le numerose critiche della dottrina e della giurisprudenza, che influenzate dal perdurante mito del principio di separazione

Senonché, così come nello sviluppo del sindacato anche in merito, il giudizio di mera opportunità e di convenienza dell'atto amministrativo ha prevalso sulla cognizione piena dei fatti, anche l'evoluzione della giurisdizione esclusiva ne ha tradito l'originaria essenza e i possibili sviluppi in termini di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. La giurisprudenza, infatti, sin dall'inizio ne ha limitato le potenzialità e la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, che in quelle materie aveva perso rilievo ai fini della determinazione del giudice, continuava invece a legittimare la disomogeneità nei meccanismi di tutela e nell'alterità delle garanzie. Il giudice amministrativo conosceva, infatti, dei diritti tutt'al più con i poteri del giudice civile, ma continuava a conoscere gli interessi legittimi secondo i suoi normali e circoscritti poteri e comunque limitando la tutela alla sola azione di annullamento, in quanto si riteneva che l'azione di accertamento cui si aggiungeva quella di condanna potessero essere proposte per i soli diritti soggettivi⁷⁰.

Nemmeno i numerosi interventi della Corte costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva⁷¹ sono riusciti a superare il modello tradizionale del giudizio impugnatorio, caratterizzato, ai fini che interessano nell'analisi condotta, dal limitato accesso del giudice al fatto, dal metodo acquisitivo nell'istruzione probatoria e dagli ampi spazi di accertamento riservati all'amministrazione⁷².

dei poteri tendevano ad ammettere sempre più restrittivamente la giurisdizione anche in merito o comunque a non sostituirsi all'amministrazione se non nei casi di potere interamente vincolato. La differenza tra i due modelli processuali ha comunque portato autorevole dottrina a escludere che l'uno possa «aggiungersi» all'altro come una sua appendice o che l'uno sia «eccezionale» rispetto all'altro (si veda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 95 secondo cui «i due rimedi, così come disegnati dal legislatore, sono alternativi l'uno all'altro o, più correttamente, nell'ambito delle rispettive materie sono esclusivi; ciascuno nel proprio ambito, costituisce l'unico rimedio processuale possibile»; 168, il ricorso di piena giurisdizione è «istituto ontologicamente diverso (per non dire contrapposto) alla giurisdizione esclusiva disegnata dal legislatore del 1923»).

⁷⁰ V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, 268, secondo cui la giurisdizione esclusiva «è "piena", capace di offrire tutta la giustizia di cui abbia bisogno chi la invoca».

⁷¹ Il riferimento è a Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190 sull'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 700 c. p. c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p. a. e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli art. 24, comma 1, 3, comma 1 e 113 Cost.; Corte cost., 23 aprile 1987, nn. 146 e 147: «è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale degli art. 44, 1° comma, r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, 26 r. d. 17 agosto 1907, n. 642, e 7, 1° comma l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, nelle controversie di pubblico impiego devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli art. 421, 2° comma, all. 4, 422, e 425 c. p. c. novellati in virtù della l. 11 agosto 1973, n. 533»; a seguito dell'ampliamento delle materie ad opere del d.lgs. n. 80/1998 si vedano Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; Id., 28 luglio 2004, n. 281; Id., 11 maggio 2006, n. 191.

⁷² Tra i molti che hanno commentato la sentenza Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204 si vedano M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, ivi, 974 ss.: «in sostanza, se la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche «in assenza della previsione legislativa» si «contemplerebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità» del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità)

In definitiva, nonostante i tentativi del legislatore, per ragioni varie⁷³, il modello del giudizio di legittimità ha continuato ad esercitare una forza attrattiva di valore decisivo in tutta l'area dei giudizi amministrativi, ponendo sulla giurisdizione esclusiva, così come sulla giurisdizione "anche in merito", «una pesante ipoteca»⁷⁴.

4. Il giudizio sul rapporto a dieci anni dal codice del processo amministrativo: oggetto del processo e rilevanza del fatto

L'indagine sull'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa giunge così al codice del processo amministrativo e conduce "naturalmente" nel cuore di uno dei temi più delicati del processo⁷⁵, quello del suo oggetto.

Le controverse e assai dibattute soluzioni sul tema sono note, ma, per un verso, continuano ad essere centrali nell'ambito di una ricostruzione anche storica; per altro verso, rilevano nella misura in cui si pongono in diretta correlazione con l'oggetto principale dell'analisi.

Sotto il primo profilo, quello della rilevanza dell'argomento nella ricostruzione anche storica del sistema di giustizia amministrativa, non vi è dubbio infatti che il codice del processo amministrativo rappresenti il definitivo, ancorché, per quanto si dirà, incompiuto approdo verso il giudizio sul rapporto, ma ben prima era emersa la necessità, soprattutto con riguardo a determinate materie, di codificare sul piano processuale la trasformazione dei rapporti tra cittadino e potere, passando per una ridefinizione dell'oggetto del processo, che non poteva essere più inteso come giudizio sull'atto e sulla mera legittimità del provvedimento.

alcuna. È per questo che la pronuncia che qui si commenta si può sintetizzare col dire che la giurisdizione amministrativa è piena, ma non è più esclusiva. Stando alla motivazione della sentenza, infatti, ci sembra di poter dire che quando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è costituzionalmente legittima essa non è affatto utile o non è più necessaria»; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, ivi, 983 ss.; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.; F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.

⁷³ Sul punto A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 229 rilevava che la «titubanza del giudice amministrativo ad avventurarsi in una cognizione piena della situazione di fatto posta a base del provvedimento, si riporta indubbiamente a molteplici fattori, non tutti riducibili ad un atteggiamento d'ossequio nei confronti dell'autorità (...) né va trascurato, a nostro avviso, il fatto che i magistrati del Consiglio di Stato, sovente interessati ad elaborare i principi giuridici generali di un'attività amministrativa non disciplinata dal legislatore».

⁷⁴ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 144, riprendendo l'espressione di F. Ledda, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti Convegno Messina*, 15-16 aprile 1988, Milano, Giuffrè, 1993, 91 ss.

⁷⁵ A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, I, Milano, Giuffrè, 1962, 3 secondo cui è «naturale che quasi tutti gli studi su questo processo (...) trovino in quel problema il loro nucleo fondamentale e prima di ogni altro s'ingegnino di risolverlo».

Sotto il secondo profilo, seppure l'argomento possa apparire slegato con quello principale dell'analisi, si tenterà di dimostrare come oggetto del processo e rilevanza del fatto nel processo siano strettamente connessi e, per quanto si dirà, in un'ottica di tutela piena ed effettiva, l'evoluzione dell'oggetto del processo non possa, in ogni caso, prescindere da un ripensamento del fatto conoscibile dal giudice e dei mezzi per conoscerlo.

Pare comunque sin da ora di poter affermare che quanto maggiore è l'oggetto della cognizione, tanto più si avverte (o si dovrebbe avvertire) l'esigenza di un adeguato accertamento del fatto nel giudizio. Quell'esigenza, infatti, si è inizialmente avvertita, per quanto già si è detto (vedi *supra* §2), proprio nelle materie di giurisdizione anche in merito e di giurisdizione esclusiva, quali sviluppi dell'originaria giurisdizione propria del Consiglio di Stato, nelle quali il legislatore si era preoccupato di attribuire al giudice più ampi poteri di cognizione e istruttori per il pieno accesso al fatto. Al di là dell' "insuccesso" di quelle giurisdizioni, le stesse hanno posto le basi di un modello di sindacato, che si caratterizzava per la pienezza della cognizione sui fatti, in misura più o meno affermata, ma sicuramente più radicata rispetto alla «limitata» giurisdizione di legittimità⁷⁶, pensata all'origine non come giurisdizione sul fatto, ma sulla mera legittimità dell'atto in senso stretto.

L'affermazione che ricollega a una maggiore ampiezza dell'oggetto del processo una maggiore rilevanza del fatto non necessariamente va letta nei suoi termini opposti, come se nel tradizionale giudizio sul solo atto non vi fosse l'esigenza di conoscere il fatto. Sicuramente era meno avvertita, perché l'atto fungeva da schermo tra il giudice e la vicenda su cui l'atto andava ad incidere e, dunque, il fatto si riduceva a quanto riportato nell'atto prodotto in giudizio dall'amministrazione. Non vi erano fatti controversi o ulteriori rispetto all'esistenza del provvedimento da acquisire in giudizio o comunque rilevanti per il giudice per decidere. In ogni caso, anche nel giudizio sull'atto non si sarebbe dovuto prescindere dall'esame del fatto e in dottrina non è

⁷⁶ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, cit., 54 che rileva come «questo vizio originario colpisca esclusivamente la giurisdizione amministrativa di legittimità, che da allora, appunto, è stata considerata "limitata"; limitata nella cognizione delle diverse situazioni giuridiche soggettive, ma limitata anche nella cognizione del fatto (una sorta di *semiplena cognitio*), nell'articolazione dei poteri di decisioni, in definitiva nella sua stessa attitudine a comporre le controversie e a dare effettiva tutela alle pretese avanzate in giudizio». Parla di giurisdizione "limitata" O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 411: «la giurisdizione di sola legittimità è una giurisdizione *limitata*. E giurisdizione limitata è quella, in cui il giudice non ha il potere di conoscere di tutti gli aspetti della controversia, né di dare tutti gli ordini necessari a reintegrare il diritto, che riconosce violato. Nella giurisdizione amministrativa di pura legittimità, come vedremo, il giudice può conoscere unicamente della legittimità dell'atto amministrativo impugnato, e nella decisione ha solo il potere di annullamento dell'atto amministrativo riconosciuto illegittimo. Non può dare gli ordini necessari a reintegrare il diritto violato, né può sostituire la sua volontà a quella dell'autorità amministrativa, di cui ha annullato l'atto o il provvedimento».

mancato chi ha ritenuto «eccessive» le limitazioni che il giudice si era imposto nell'esercizio del controllo diretto sul fatto⁷⁷.

Già agli inizi del secolo scorso, quando ancora era del tutto incerto il carattere sostanziale dell'interesse legittimo e la tutela era dominata dall'effetto dell'annullamento, Federico Cammeo riconosceva l'importanza del fatto nel processo amministrativo. Affermava che la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi era «limitata», non perché l'oggetto del giudizio fosse rappresentato dall'atto e dai vizi dedotti, ma solamente nel senso che il giudice conosceva di una parte del rapporto controverso («tutto il rapporto giuridico non è né conosciuto né regolato perché si pronuncia un semplice annullamento»). Già coglieva, anche se nell'ottica del giudicato più che del giudizio in sé, proprio nella diversa rilevanza del fatto la differenza delle decisioni del giudice amministrativo rispetto a quelle di un tribunale di revisione, in quanto la giurisdizione amministrativa ha «competenza parziale anche sul fatto» e «la forza del giudicato si estende anche a questo»⁷⁸.

Sono oramai venute meno le ragioni storiche e ordinamentali che giustificavano quel modello di processo e, ai fini che qui rilevano, è pacifico che si sia andati oltre il giudizio sull'atto, ma prima di giungere nel cuore dell'analisi e dell'attuale estensione dell'oggetto del giudizio cui segue una prospettiva di analisi del fatto nel processo amministrativo, pare utile almeno delineare per sommi capi quel dibattito e rimeditare sulle conclusioni cui erano pervenute la dottrina e la giurisprudenza.

Per lungo tempo, infatti, nella scia del tradizionale modello impugnatorio cassatorio e della sostanziale unicità dell'azione esperibile, prima davanti al solo Consiglio di Stato e poi dal 1971 anche davanti ai tribunali amministrativi regionali, si

⁷⁷ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 321. Sulla ritrosia del giudice a conoscere il fatto F.G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376 ss.; E. Follieri, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 1445 ss.; L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977, 6; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 186 ss.

⁷⁸ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 736 ss. secondo cui la giurisdizione di legittimità «conosce anche dal fatto. È erroneo ritenere che, come la Cassazione, non ne conosca, e debba ritenere il fatto del ricorso quale risulta dal provvedimento impugnato. Basta osservare che per l'art. 36 legge C.S. (...) il Consiglio di Stato e la G.P.A. possono ordinare mezzi istruttori se riconoscono "che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati dal provvedimento sono in contraddittorio colle risultanze degli atti". Soltanto vi sono i seguenti limiti alla cognizione del fatto. Innanzi tutto la giurisdizione di legittimità può accertare il fatto, non valutarlo, e ciò la distingue dalla giurisdizione di merito. (...) Inoltre, come si vede dagli art. cit., i fatti, quali risultano dal provvedimento impugnato, si presumono veri: e la indagine in contrario non si può fare se non in quanto le circostanze, e cioè la imperfezione dell'istruttoria in sede amministrativa o le risultanze dei documenti, infirmino queste presunzioni. (...) Infine i mezzi di prova dei fatti sono più limitati. (...) Con queste limitazioni non sostanziali, la giurisdizione di legittimità non ha poteri di cognizione che siano diversi da quello ordinario civile: perché anche questa accerta i fatti e, di regola, non può valutarli in ordine alla loro equità o convenienza»; 815: «la giurisdizione di legittimità conosce anche del fatto; e lo accerta anche quando lo presume dalle deduzioni dell'atto impugnato, che sieno infirmate da presunzioni e quindi da prove contrarie. La cosa giudicata cade sul rapporto giuridico in diritto ed in fatto». Si veda anche Id., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, cit.

è sostenuto che l'oggetto del giudizio è l'atto impugnato e la sua illegittimità. Si tratta di una teorica non unitaria che rappresenta la sintesi di teoriche diverse⁷⁹, su ciascuna delle quali ci si potrebbe soffermare a lungo, ma si consentirà all'autore, per esigenze di sintesi, di considerarle unitariamente, ancorché siano divergenti sotto vari profili. L'oggetto del giudizio era configurato secondo alcuni nella mera questione di legittimità dell'atto⁸⁰, secondo altri nel potere di provocare l'annullamento dell'atto⁸¹. Altri autori risolvevano il problema dell'oggetto del giudizio nell'oggetto formale della domanda e dunque nell'affermazione dell'«illegittimità dell'atto» impugnato in

⁷⁹ Per una sintesi delle posizioni dottrinarie sull'oggetto del giudizio si veda G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 175 ss. secondo cui «la costruzione dell'oggetto del giudizio di annullamento in termini di accertamento del rapporto, se pur rappresenta uno dei possibili e più validi moduli interpretativi delle azioni e delle sentenze costitutive, non risulta peraltro conforme, a parer mio, alla struttura del nostro giudizio amministrativo, né alle sue origini storiche, né infine alla più diffusa interpretazione giurisprudenziale»; Id., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.; Id., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, ivi, 2014, 4, 585 ss.

⁸⁰ A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, 259 ss. Ha poi precisato il suo pensiero in A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 4, 635 ss., spec. 677: «ancor oggi, l'oggetto della materia del contendere nel giudizio amministrativo sembra poter rimanere la legittimità del provvedimento impugnato: ma solo con le modificazioni che questa trasformazione del suo carattere impone. Se gli interessi individuali sostanziali incisi negativamente dal provvedimento sono assurti a termini della sua legittimità, essi sempre meno possono rimanere confinati al ruolo di mero fattore di legittimazione della sua impugnazione: sempre più anch'essi diventano pure termini altrettanto sostanziali dello stesso contenuto del giudizio che questo introduce».

⁸¹ E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, cit., 58 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 253 secondo cui l'oggetto del processo di impugnazione è «in primo luogo ed essenzialmente, la verifica dell'affermazione che egli ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto e, in secondo luogo, e conseguentemente, l'attuazione di tale potere, vale a dire l'annullamento dell'atto», per poi affermare che la stessa esistenza del giudizio di ottemperanza «denuncia ancora una volta come il processo amministrativo tipico non sia più (soltanto) un processo di eliminazione di un atto illegittimo ma (anche) un processo di accertamento del corretto modo di esercizio del potere e di imposizione all'amministrazione di conformarsi a tale accertamento; non sia più (soltanto) un giudizio sull'atto ma (anche) un giudizio sul modo di esercizio del potere». Sull'oggetto del processo si veda anche la posizione di O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 393 ss. che ritiene che l'opinione secondo cui «il ricorso ai tribunali amministrativi si è, quindi, definito come una vera azione, la cui base è un diritto (intendi obbiettivo); e l'interesse (interesse all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo) ne è solo la condizione dell'esercizio (...) non sembra risponda al nostro diritto positivo (...) esso non è e non può essere l'oggetto del ricorso, non può essere, per la sua tutela, lo scopo della giurisdizione amministrativa, perché non è per sé un bene, che si possa tutelare in giudizio. L'interesse oggetto della questione e del ricorso, e di cui la tutela è scopo del giudizio amministrativo, è l'interesse legittimo, di cui la lesione genera l'interesse al ricorso. Soltanto questa conclusione risponde alle disposizioni della nostra legge ed è in armonia con tutti i precedenti della istituzione della giurisdizione amministrativa». Continua criticando la tesi che individua l'oggetto della giurisdizione amministrativa nel diritto alla legittimità degli atti discrezionali dell'amministrazione: «se può ricorrere al giudice amministrativo contro l'atto amministrativo illegittimo soltanto colui, che dall'atto fu leso nel suo interesse è chiaro che il fondamento del ricorso non sta nella lesione di un diritto soggettivo alla legittimità dell'atto amministrativo, ma nella lesione dell'interesse individuale, prodotta dall'atto amministrativo illegittimo».

relazione ai motivi dedotti⁸². È quest'ultima la tesi più tradizionale e che ha trovato maggiore seguito, che negli anni è stata riproposta e arricchita secondo diverse formulazioni ora come «risoluzione delle questioni proposte nei singoli motivi»⁸³, ora come «pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente»⁸⁴. L'oggetto del giudizio veniva in altri termini ricostruito attorno all'unica azione esperibile in via generale davanti al giudice amministrativo e cioè l'azione contro atti o provvedimenti amministrativi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge al fine di ottenerne l'annullamento, prevista in via generale dagli artt. 26 e 45 del t.u. del 1924 e dell'art. 26 del t.u. del 1971. Peraltro, si riteneva che l'oggetto del giudizio fosse l'illegittimità del provvedimento anche quando per via giurisprudenziale veniva riconosciuta l'ammissibilità di altre azioni e, accanto all'azione di annullamento, veniva proposta quella di risarcimento del danno o di accertamento dell'inerzia dell'amministrazione, perché in tal caso si diceva che l'azione principale era quella di annullamento e l'oggetto principale era l'illegittimità del provvedimento per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge⁸⁵.

In definitiva, riprendendo le parole di uno dei maestri della dottrina amministrativa, il processo amministrativo nasce e per certi versi rimane un *processo*

⁸² R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 525; Id., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 115 ss.; Id., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo*, ivi, 127 ss.; Id., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Giappichelli, Torino, 2012, 41 ss.; P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 133; A. Police, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss.

⁸³ S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in Aa. Vv., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1483 ss., spec. 1495: «tale conclusione trova una significativa conferma testuale nell'art. 28 del Testo Unico n. 1054 del 1924 che, nell'autorizzare il Consiglio di Stato a decidere di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale di sua competenza e, nel precisare che su tali questioni l'efficacia della cosa giudicata rimane limitata alla questione principale dedotta nel caso, identifica chiaramente l'oggetto del giudizio nella pretesa e non nell'atto, che il precedente art. 26 mostra di ritenere semplicemente l'oggetto del ricorso».

⁸⁴ G. Abbamonte, R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, Padova, Cedam, 167 ss.; G. Abbamonte, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 295 ss., spec. 305: «l'impugnazione di un atto (...) è l'occasione necessaria del processo; ma può, nello stesso tempo, affermarsi che l'oggetto del processo è la tutela di un interesse legittimo di individui o di enti».

⁸⁵ Tra le molte Cons. St., ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1; Cons. St., ad. pl., 9 gennaio 2002, n. 1; Cons. St., ad. pl., 31 maggio 2002, n. 5; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2000, n. 5742; Tar Campania, Napoli Sez. I, 27 marzo 2002, n. 1651; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603; Tar Friuli Venezia Giulia, 23 aprile 2001, n. 179; Tar Toscana, Firenze, 27 ottobre 2000, n. 2212; Tar Friuli Venezia Giulia, 26 luglio 1999, n. 903; Tar Puglia, Lecce, 6 novembre 1999, n. 769. Il tema è connesso a quello della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento. In dottrina la bibliografia sul tema è amplissima. Tra i molti A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3 ss.; F.G. Scoca, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 739 ss. R. Villata, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 897 ss.

all'atto, perché nel processo amministrativo «campeggia» l'atto amministrativo con i suoi vizi, sia in quanto processo di impugnazione dell'atto amministrativo, sia perché finalizzato alla demolizione giuridica dell'atto amministrativo invalido⁸⁶.

Ben prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo alcuni studiosi, più attenti all'effettività della tutela giurisdizionale e al moltiplicarsi delle pretese e delle azioni esperibili in processo⁸⁷, hanno tuttavia prospettato la tesi secondo cui l'oggetto del giudizio dovesse essere individuato nel rapporto amministrativo⁸⁸. Muovendo dalla connessione tra potere dell'amministrazione e interesse/i del singolo e dunque dal rapporto dinamico tra situazioni concorrenti, si dava per "presupposta" la validità della tesi secondo cui il giudizio ha ad oggetto l'accertamento «del rapporto nel quale si inscrivono le situazioni a cui afferiscono gli interessi in contrasto», ovvero del «rapporto giuridico (amministrativo) controverso», con la conseguenza che il diritto e il fatto così come accertati nel giudizio divengono «entità certe, non più contestabili»⁸⁹.

Su quest'ultima considerazione si tornerà nel proseguo, in quanto il problema della certezza (del fatto) processuale - non sempre coincidente con la certezza fattuale (del fatto reale) - e della «validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso»⁹⁰, è centrale nel discorso che si condurrà sull'istruzione probatoria, ma, all'epoca

⁸⁶ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 247.

⁸⁷ Sul rapporto tra oggetto del giudizio e funzione e struttura del processo si veda A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, cit., 3 ss.

⁸⁸ A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, cit., 124 secondo cui: «l'opinione (...) secondo cui ancor oggi l'oggetto del processo amministrativo dovrebbe identificarsi col provvedimento intorno alla cui annullabilità si controverte, non merita alcuna adesione. In suo luogo, ed anzi in sostituzione di questa, sotto l'angolo visuale prescelto, si fa così strada, certa ed impeccabile, la conseguenza che l'oggetto del giudizio (...) va definito nei termini di un'affermazione che, legando l'azione alla sua ragione, determina il contenuto della pretesa, con cui si prospetta una determinata esigenza di tutela»; M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 254 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

⁸⁹ Così M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 254 ss.: «o si ritiene che l'accertamento investa l'atto, abbia cioè per contenuto la qualificazione dell'atto stesso come illegittimo, e in questo caso non si potrà parlare di giudicato come di un accertamento che vincoli l'amministrazione nella emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo fatto con il medesimo oggetto nei confronti degli stessi soggetti; o si pensa che questo vincolo sia essenziale all'idea della tutela giurisdizionale, che l'amministrazione deve essere legata agli accertamenti che hanno provocato l'annullamento del provvedimento impugnato, ed allora è necessario riconoscere che questi stessi accertamenti non hanno riguardo all'atto - che scompare, annullato - ma stanno fuori di esso, si riferiscono al rapporto, hanno cioè per oggetto il diritto ed il fatto che segnano i termini della disciplina a cui è concretamente assoggettato un determinato potere e la sua trasformazione in un provvedimento. La conclusione è così lineare che francamente non si vede quali ostacoli possano opporsi alla sua accettazione, tranne l'ingiustificato attaccamento ad una fraseologia oggi sostanzialmente priva di significato, elaborata al tempo in cui era incerto il carattere sostanziale dell'interesse legittimo, dubbia la natura giurisdizionale dell'attribuzione e prevalente l'opinione che la difesa dell'interesse protetto si esaurisse con l'annullamento del provvedimento illegittimo».

⁹⁰ Su tale tema si interrogava già G.D. Romagnosi, *Opere postume. Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso*, II, Firenze, Stamperia Piatti, 1837, 134 ss.: «la verità è, come dicesi, una sola. Ma tante sono le combinazioni possibili dei giudicj sulle stesse idee, quante sono le diverse

in cui venne inizialmente prospettata la tesi del giudizio sul rapporto, quel profilo e quella ricostruzione servivano principalmente per evitare di circoscrivere gli effetti della sentenza e del giudicato alla mera eliminazione dell'atto impugnato, in quanto un giudizio (e di conseguenza un giudicato) così circoscritto non precludeva all'amministrazione di reiterare all'infinito atti identici a quello annullato. Se cioè l'accertamento contenuto nella sentenza riguardava l'atto e la sua illegittimità, non avrebbe infatti vincolato e impedito all'amministrazione l'emanazione di un nuovo provvedimento relativo al medesimo fatto, con il medesimo oggetto, nei confronti degli stessi soggetti. Secondo la tesi del giudizio sul rapporto, l'atto, invece, non rappresentava più il limite del sindacato del giudice e la tutela si fondava sull'annullamento del provvedimento e sulla verifica dei presupposti descritti dalla legge per l'emanazione del provvedimento, non meno che sull'accertamento del modo d'essere del rapporto fra amministrazione e privato, che trovava una sua sintesi nel provvedimento. La decisione del giudice non si limitava di conseguenza ad accertare l'illegittimità dell'atto e la parte del rapporto controverso per giungere alla semplice pronuncia di annullamento dell'atto, ma si estendeva alla verifica della spettanza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, così che autorevole dottrina ha sostenuto che le due teorie non necessariamente sono contrapposte, ma la teoria del giudizio sul rapporto trova una «naturale composizione»⁹¹ con la tesi già sostenuta secondo cui oggetto del giudizio è la pretesa, da intendere in senso lato e non limitata, ovvero l'interesse legittimo sostanziale (non formale alla legittimità degli atti), avanzata in giudizio dal ricorrente⁹².

combinazioni possibili delle idee medesime e quanto sono le combinazioni delle combinazioni; le quali sono pressochè infinite».

⁹¹ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, Padova, Cedam, 2001, 482 ss.: «Pur volendo accogliere la tesi secondo cui oggetto del giudizio è la pretesa fatta valere dal ricorrente, quest'ultima ha contenuto sostanzialmente diverso rispetto alla pretesa che può essere vantata in un tradizionale giudizio amministrativo di legittimità, dove – come si è visto – il ricorrente avanza una mera questione di legittimità dell'atto amministrativo impugnato. La mutata ampiezza e consistenza dei poteri decisori del giudice della giurisdizione piena, infatti, arricchisce inevitabilmente il contenuto della domanda giudiziale il cui oggetto diventa la riparazione della lesione di una situazione giuridica soggettiva del ricorrente che arrechi a quest'ultimo un danno ingiusto. Ed è così che le due diverse teorie sull'oggetto del giudizio amministrativo di cui si è sin qui discusso, trovano, con riferimento alla giurisdizione piena, una naturale composizione»; Id., *Pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. Zito, D. De Carolis, Milano, Giuffrè, 2003, 11 ss.; Id., *Il cumulo di domande nei « riti speciali » e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss.

⁹² O. Ranalletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 397 secondo cui «il fondamento del ricorso non sta nella lesione di un diritto soggettivo alla legittimità dell'atto amministrativo, ma nella lesione dell'interesse individuale, prodotta dall'atto amministrativo illegittimo»; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 121 ss. critica la tesi secondo cui la giurisdizione amministrativa avrebbe come fine la conservazione della legittimità dell'azione amministrativa in quanto le finalità delle leggi istitutive di tale giurisdizione e il loro stesso contenuto letterale «mostrano come la tutela degli interessi individuali costituisca il fine immediato e diretto della giurisdizione di cui parliamo».

Di questa trasformazione si è fatta carico anche la giurisprudenza, che, seppure con alterne prese di posizione, già prima del 2010 ha affermato che il giudizio sull'atto finisce per essere accompagnato da uno scrutinio sul rapporto e da una verifica della situazione o della relazione sottostante all'atto, della condotta e dell'esercizio del potere⁹³.

5. (Segue): il giudizio sul rapporto ancora alla ricerca di un giudizio “pieno” sul fatto

Il codice del processo amministrativo del 2010, dunque, non ha fatto altro che recepire un movimento già da tempo in atto e rappresenta il punto d'approdo di un percorso che sul piano legislativo aveva visto un, seppur criticato⁹⁴, tentativo di perfezionamento e di rimodellamento dell'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente nella l. 21 luglio 2000, n. 205 e nelle successive leggi del 2005, così definitivamente consacrando il superamento del

⁹³ Si vedano Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2004, nn. 2367 e 2368: «quante volte la stessa richiesta di annullamento venga supportata dalla deduzione di fatti il cui accertamento incida sul riesercizio del potere amministrativo veicolandolo in modo più puntuale rispetto a quanto accade per la caducazione per profili meramente formali, il giudizio sull'atto finisce per essere accompagnato da uno scrutinio del rapporto, ossia da una verifica della situazione o della relazione sottostante capace di definire in via sostanziale la res litigiosa sulla base di un accesso al fatto oramai non più limitato normativamente (vedi decisione sezione VI sez. Cons. Stato 19 novembre 2003, n. 9545). Deve allora trovare accoglimento la prospettiva ermeneutica secondo la quale l'oggetto del giudizio risiede in questi casi proprio nel rapporto amministrazione-amministrato su cui incide l'atto impugnato, nell'ambito sempre delle doglianze avanzate dal ricorrente; la sentenza di annullamento si arricchisce così di nuovi contenuti tali da pregiudicare il rapporto sottostante per effetto della caducazione dell'atto»; Cons. St., ad. pl., 22 aprile 2007, n. 9; di poco successiva Cons. St., ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12 che disconosce l'evoluzione verso un giudizio sul rapporto: «I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema “giudizio sul rapporto”, non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di “conformare” l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi»; in dottrina si veda il commento di M. Clarich, *Conflitto con la Cassazione*, in *il Sole 24 ore*, 27 ottobre 2007; Id., *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1, 55 ss.

⁹⁴ È critico F.G. Scoca, *Spigolature sulla riforma del processo amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutela in forma specifica*, a cura di A. Zito, D. De Carolis, Milano, Giuffrè, 2003, 281 ss.

modello impugnatorio e dei tradizionali limiti dei poteri istruttori e decisori⁹⁵ al sindacato del giudice⁹⁶.

Sotto questo profilo, l'analisi condotta nella prima parte sulla giurisdizione anche in merito e sulla giurisdizione esclusiva⁹⁷, quali sviluppi dell'originaria giurisdizione "propria" del Consiglio di Stato, rileva per porre le basi di un modello di sindacato più o meno radicato nella pienezza della cognizione sui fatti. Con il codice del processo si assiste, infatti, ad una progressiva uniformazione degli strumenti processuali e al consolidarsi di un unico modello caratterizzato dalla cognizione e dal sindacato giurisdizionale sul fatto⁹⁸, a cui le giurisdizioni per tradizione "speciali", e

⁹⁵ Secondo parte della dottrina era già configurabile un'azione di mero accertamento anche prima dell'introduzione del codice. Si veda G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 212, secondo cui «la mancanza di un riconoscimento espresso nelle nostre leggi di giustizia amministrativa (...) non è di per sé preclusiva della vigenza dell'azione di accertamento autonomo del rapporto amministrativo»; *contra* P. Stella Ritcher, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 851 ss.; G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, cit., 1 ss.

⁹⁶ Limiti che portavano R. Villata, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Antonio Amorth. Scritti di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 705 ss., spec. 721, a ritenere che «il processo amministrativo è caratterizzato dalla presenza di una parte in posizione di potere (...) ciò esclude, ed esclude per necessità logica, che risulti ipotizzabile un giudizio sul rapporto, giacché tra il bene, le parti e il giudice si colloca appunto il potere di una delle parti, che ha dunque essa e non il giudice la potestà di disporre del bene. Giudizio sul rapporto infatti può esistere, ed anzi esiste, nel processo civile dove la vicenda sembra la seguente: le parti si presentano in posizione paritaria, la norma detta la disciplina da cui si evince la pertinenza del bene, il giudice sulla base di quella disciplina attribuisce il bene all'una o all'altra. Completamente diversa appare la situazione nel processo amministrativo; le parti non sono in posizione di equiordinazione, avendo una di esse infatti il potere di disporre del bene; la norma non detta la disciplina per determinare la pertinenza del bene, ma regola le condizioni di esercizio del potere spettante alla parte in posizione di supremazia: al giudice, dunque, non spetta di assegnare il bene all'una o all'altra parte, ma di verificare che una di esse eserciti in modo corretto il potere, che l'ordinamento le riconosce, di disporre di quel bene». Analoghi rilievi sono avanzati da S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., 1488 ss., il quale ritiene che «l'esercizio dell'interesse legittimo non (abbia) alcuna relazione necessaria e distinta con il bene della vita cui il titolare in concreto aspira (...). L'interessato ha l'esclusivo potere strumentale di attivare e sollecitare le legittime decisioni della competente autorità, ma non può pretendere alcunché in ordine al bene concreto che ha costituito la molla reale delle sue azioni; ciò in quanto la potestà amministrativa è preordinata non al soddisfacimento dell'interesse privato, ma dell'interesse pubblico (...). Di conseguenza, il c.d. rapporto sostanziale fra l'Amministrazione e l'amministrato si rivela del tutto povero di contenuto».

⁹⁷ Per un'analisi dei poteri del giudice "esclusivo" e del sistema delle azioni, imprescindibile è il rinvio a A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., spec. 96 ss.

⁹⁸ Contemporaneamente nell'ultimo decennio si è assistito alla predisposizione di modelli processuali differenziati a garanzia di particolari interessi, che derogano al modello ordinario, peraltro non tanto sul fronte del sindacato quanto sotto il profilo della legittimazione, di cui non ci si occuperà se non nella limitata misura in cui le peculiarità di quel modello si riflettano nell'analisi settoriale sul sindacato sul fatto condotta nel Capitolo quinto. In particolare, in materia di appalti pubblici si rinvia a A. Carbone, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 423 ss.; sull'azione di cui all'art. 21-bis, l. 287/1990 si vedano M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012, 12; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012, 12; M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art.*

cioè la giurisdizione esclusiva⁹⁹ e di merito¹⁰⁰, aggiungono elementi ulteriori (cognitori e/o decisori), ma non modificano la struttura di base. Quelle giurisdizioni, che tradizionalmente erano rimaste e tuttora rimangono soffocate dalle logiche e dai caratteri della giurisdizione di legittimità, rappresentano dunque l'antecedente storico di quello che sarà il modello di riferimento sotto il profilo della cognizione del giudice sul rapporto e dell'accesso al fatto.

È oramai pacifico che il giudice abbia accesso al fatto, ma quando ci si sposta dal piano dell'astratta regolazione (codificazione) dei principi alla loro applicazione in concreto e ci si interroga sullo stato attuale del giudizio sul rapporto, non si giunge a conclusioni soddisfacenti in termini di effettività e pienezza della tutela e non può che dubitarsi sull'adeguatezza del controllo sul fatto.

Da un lato, non è definitivamente compiuto il percorso di pieno accesso al fatto, da intendersi come adeguato e doveroso approfondimento del fatto per un sindacato di cognizione effettivamente piena¹⁰¹. Infatti, la giurisdizione amministrativa si trova ancora a fare i conti con la perdurante posizione di privilegio dell'amministrazione e

21-bis l. 287/90, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 865 ss.; B.G. Mattarella, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 291 ss.

⁹⁹ Già da tempo con riguardo alla giurisdizione esclusiva si diceva che il giudizio sui diritti soggettivi avesse ad oggetto il rapporto. A tal proposito si veda P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 93: «per la giurisdizione esclusiva si prescinde dalla impugnativa di un provvedimento amministrativo, poiché la giurisdizione si estende all'intero rapporto».

¹⁰⁰ Secondo A. Police, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 277, evidenzia come «si tratta di peculiari ipotesi in cui il legislatore ravvisa la necessità di una contestualità tra la decisione che tutela le situazioni di interesse legittimo dei privati (e ne ripara la lesione) e la conseguente coerente conformazione dell'assetto degli interessi pubblici; ciò al fine di assicurare immediatezza e coerenza tra la tutela assicurata dal giudice alle ragioni del privato e le ragioni dell'interesse pubblico. Tratto, quest'ultimo, che è tipico della principale figura della giurisdizione di merito: il giudizio di ottemperanza (...) Il giudizio di merito in sostanza non comporta (né consente) una totale rinnovazione della scelta discrezionale dell'Amministrazione ma si pone come appendice – non necessaria, ma eccezionale appunto – della decisione sulla domanda di giustizia del ricorrente nella esatta determinazione della «misura» di tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio rispetto all'assetto degli interessi pubblici frutto delle ponderazioni discrezionali dell'Amministrazione. In questo senso, il tratto aggiuntivo della giurisdizione di merito (che ancora ne giustifica la distinzione rispetto alla giurisdizione generale) è proprio questa idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, in sostanza opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato» *contra* R. Giovagnoli, *La giurisdizione di merito e la giurisdizione esclusiva*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 527 ss. che dubita della perdurante utilità della giurisdizione di merito per la «crescente sovrapposizione tra giurisdizione di legittimità e di merito», in quanto anche in sede di legittimità sono frequenti le ipotesi in cui al giudice è attribuito un potere che va oltre il mero annullamento.

¹⁰¹ Esprime una posizione critica anche L. Giani, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 535 ss.: «la pienezza della tutela (della situazione sostanziale per cui si chiede giustizia nel processo) non è garantita nelle sedi processuali nelle quali non risulta ancora del tutto superata quella “deferenza” che il giudice amministrativo ha nei confronti dell'accertamento del fatto condotto dall'amministrazione».

con l'autolimitazione dei poteri decisorii e istruttori del giudice amministrativo. Se non vi è dubbio che con il codice del processo amministrativo si sia definitivamente superato un giudizio fondato sul paradigma della corrispondenza tra norma ed atto, il giudizio ha ad oggetto il rapporto¹⁰² e il giudice ha pieno accesso al fatto e a tal fine sono state ampliate le azioni esperibili e i mezzi istruttori, la particolare natura delle situazioni soggettive, l'innata vocazione oggettiva del giudice amministrativo, il timore di invadere il limite delle proprie attribuzioni, continuano a imporre sostanziali e importanti limitazioni nel sistema di giustizia amministrativa¹⁰³.

I maggiori ostacoli si incontrano quando il fatto ha natura tecnica e vengono in rilievo valutazioni tecniche dell'amministrazione, in quanto la piena conoscenza del fatto tecnico si ritrova in un instabile equilibrio tra inammissibile rivalutazione del fatto e indebita confusione con l'opinabilità della scelta. Sarà dedicato ampio spazio a questo specifico tema nel quarto Capitolo, ma sin da ora, più in generale, si vuole evidenziare come il sindacato di legittimità e i suoi tradizionali limiti, insieme con le ragioni storiche di formazione del sistema di giustizia amministrativa e le significative resistenze dei giudici ovvero, per quanto si dirà la disomogeneità delle materie, rappresentino ancora un rilevante ostacolo nella trasformazione compiuta del giudizio amministrativo sul rapporto e, anche se si è concordi nel ritenere che l'atto amministrativo ha perso il suo carattere di oggetto del giudizio, rimane tuttora punto di riferimento delle azioni nel processo¹⁰⁴.

Dall'altro lato, il giudizio sul rapporto spesso non sembra più potersi considerare un giudizio sul rapporto strettamente inteso, perché il giudice, soprattutto in determinate materie, pare oramai spingersi al di là dell'accertamento dei fatti per come accertati nel procedimento e per come rappresentati nel provvedimento¹⁰⁵, con potenziali riflessi sull'oggetto del processo, oltre a quelli di cui si dirà nel secondo Capitolo.

Anche in questa prospettiva, impregiudicati i rilevanti problemi derivanti da una necessaria nuova definizione del principio di separazione dei poteri, la (ri)valutazione del fatto da parte del giudice non pare garantirne l'adeguato controllo e la piena conoscenza, con ricadute più ampie sulla effettività della tutela giustiziale.

Se non si vuole trasformare questa evoluzione in un ulteriore privilegio della storia del sistema di giustizia amministrativa, a questa evoluzione dovrà darsi una

¹⁰² Si tratta di tesi condivisa anche da Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179.

¹⁰³ Sul tema di recente F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1100 secondo cui la disciplina del processo amministrativo, quale si ricava dal c.p.a. «non risponde, peraltro, se non in parte, al c.d. diritto vivente, ossia al modello di processo che si celebra nelle aule giudiziarie, talché è impossibile affermare oggi, nonostante la vigenza del c.p.a., che il processo amministrativo consenta di soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente, come voluto dalla legge».

¹⁰⁴ R. Villata, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, cit.

¹⁰⁵ F. Patroni Griffi, *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 211 ss.

giustificazione¹⁰⁶, o quantomeno il giudice dovrà far effettivo uso degli strumenti istruttori a sua disposizione per l'adeguata conoscenza del fatto in un giudizio sul rapporto così inteso. Altrimenti dovrà dirsi definitivamente irrisolto il problema della certezza processuale e fattuale, che il giudizio sul rapporto avrebbe dovuto risolvere e il processo amministrativo verrà lasciato alla perdurante ricerca di una «utopia imperfetta»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così A. Travi, *Relazione in occasione della presentazione del libro "Le ragioni della specialità"*, Bologna, 30 maggio 2018.

¹⁰⁷ Il richiamo è a A. Romano Tassone, *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, cit., 887 ss.

CAPITOLO SECONDO

PROFILI EVOLUTIVI DEL GIUDIZIO SUL FATTO

SOMMARIO: 1. Il fatto nel processo amministrativo: premesse. – 2. (Segue): il fatto nel mutato rapporto tra istruttoria procedimentale e istruttoria processuale. – 3. L'articolo 21-*octies*, comma 2 da base normativa per la riedizione del procedimento nel processo a effetto sotto il profilo dell'accettabilità del risultato. – 4. I riflessi nel giudizio sull'eccesso di potere: la ragionevolezza da limite a indice relativo dell'uso legittimo del potere discrezionale. – 5. (Segue): e nella riedizione di un potere "limitatamente inesauribile". – 6. Il necessario ripensamento del principio di separazione dei poteri. – 7. (Segue): il ruolo della Cassazione nella definizione dei poteri del giudice amministrativo nella prospettiva dell'eccesso di potere giurisdizionale.

1. Il fatto nel processo amministrativo: premesse

Nel primo Capitolo si è avuto modo di illustrare il percorso che, a livello storico, ha portato al superamento di un giudizio sull'atto, o come più propriamente si è detto *all'atto*, e all'affermazione di un giudizio più ampio che riguarda il rapporto tra privato e amministrazione e l'accertamento della fondatezza della pretesa.

Uno degli aspetti di quest'evoluzione è rappresentato dal mutato ruolo del fatto nel processo amministrativo, che rappresenta l'oggetto principale dell'analisi che verrà condotta. La giurisdizione sul rapporto, definitivamente positivizzata nel codice del processo del 2010, come si è anticipato, ha infatti portato al necessario ampliamento della cognizione del giudice sugli apprezzamenti di fatto e, contemporaneamente, a una progressiva erosione della sfera discrezionale insindacabile della pubblica amministrazione¹⁰⁸. Pur nei perduranti condizionamenti del passato, di cui si dovrà tener conto e che più volte verranno richiamati, è indubbio che l'evoluzione del giudizio abbia definitivamente condotto a un pieno accesso del giudice amministrativo al fatto, la cui ricostruzione e valutazione non rappresenta più un postulato demandato all'amministrazione.

Si è già accennato alla rilevanza del fatto nel processo¹⁰⁹, ma occorre approfondire quel tema per evidenziare le indubbie peculiarità che anche sotto questo profilo presenta il processo amministrativo e il fatto nel processo amministrativo.

¹⁰⁸ Sul crescente rilievo della questione di fatto tra i molti F.G. Scoca, *Articolo 63* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2011, 535 ss.

¹⁰⁹ A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss., secondo cui «il fatto è sempre rilevante, nella relazione giurisdizione e amministrazione: riservare il fatto all'amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale».

In generale, ogni vicenda è storica, umana, prima ancora che giuridico-amministrativa e il rapporto tra questione di fatto e questione di diritto non si esaurisce in considerazioni di mera teoria generale del processo¹¹⁰, ma attiene più propriamente al «problema concreto da risolvere»¹¹¹. L'esito del giudizio non è mai un giudizio di solo diritto, ma «mette in contatto diritto e fatto»¹¹² ed un giudizio sui fatti accaduti e che hanno dato origine alla controversia e di applicazione delle norme e dei principi a quei fatti, per come rappresentati e introdotti in giudizio dalle parti e per come conosciuti e interpretati dal giudice¹¹³. Il fatto, come affermato da autorevole dottrina, rappresenta «il punto d'origine di qualsiasi vicenda giudiziaria»¹¹⁴ e il giudizio si presenta come qualificazione giuridica della realtà, cioè del fatto, che si afferma sussistente¹¹⁵.

Non necessariamente, ma a questo dovrebbe tendere un giusto processo, la vicenda giudiziaria si conclude con un ritorno al punto d'origine e la verità processuale coincide con la verità fattuale¹¹⁶. Sulla verità processuale incidono, infatti, come

¹¹⁰ M. Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Milano – Bicocca. 19-20 novembre 2009*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, Milano, Giuffrè, 2012, 123 ss. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.; M. Fornaciari, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, Giuffrè, 2005, 7 ss.; M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, 236 ss.

¹¹¹ Così sull'importanza del fatto P. Perlingieri, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 405 ss.

¹¹² Così F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico"*, in *Dir. ec.*, 2018, 3, 1125 ss.: «L'applicazione del diritto ai fini della soluzione della controversia mette poi conclusivamente in contatto diritto e fatto, producendo l'effetto. La stessa scansione si ritrova sul piano dell'attività amministrativa in relazione all'applicazione della norma al caso concreto, fase che segue la sua interpretazione e che è all'origine della produzione di effetti giuridici: a ben vedere ciò accade in tutte le ipotesi in cui la decisione finale è il risultato dell'applicazione di regole giuridiche. Di conseguenza, ad esempio, anche nel contesto dell'esercizio dell'attività amministrativa si potrebbe ritenere che la distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* abbia valore risultando probabilmente più utile immaginare un *continuum* tra i due momenti, secondo l'immagine del circolo ermeneutico (...) ogni qualificazione del fatto è anche una qualificazione giuridica operata dal giudice, perché al momento di procedere all'analisi del fatto occorre necessariamente considerare gli elementi che sono rilevanti ai fini dell'applicazione della norma giuridica».

¹¹³ Sul tema M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto*, cit.; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009; S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.; R. Rordorf, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acerno, P. Curzio, A. Giusti, Bari, Cacucci, 2011, 1 ss.; F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.;

¹¹⁴ A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, cit.

¹¹⁵ Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 51 ss., più nello specifico 56 secondo cui il giudizio è «costituito essenzialmente da tre giudizi semplici e precisamente da un lato, dal giudizio sull'esistenza della norma che concerne l'atto impugnato, dall'altro dal giudizio sull'esistenza di una realtà e precisamente sul modo di essere, nell'atto impugnato, di un suo elemento o requisito ed infine, di un giudizio circa il valore di quella realtà quanto alla sua riferibilità alla fattispecie della norma che essa individua».

¹¹⁶ Sul tema C. Franchini, *Il giudice amministrativo e la ricerca della verità*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di G. Dalla Torre, C. Mirabelli, Roma, Libreria editrice vaticana, 2014, 272 ss.

meglio sarà chiarito nel terzo Capitolo sull'istruzione probatoria, tanto l'atteggiamento del giudice nel conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio¹¹⁷, quanto il comportamento delle parti nell'allegazione e nella prova dei fatti rilevanti ai fini del decidere. Indipendentemente dal metodo probatorio utilizzato, l'acquisizione dei fatti e degli elementi materiali su cui il ragionamento del giudice deve fondarsi rappresentano dunque un momento fondamentale.

Se si ammette come dato acquisito il pieno accesso del giudice amministrativo al fatto, ciò su cui ci si deve interrogare è se il processo amministrativo, per come è strutturato e per come concretamente si svolge, garantisca davvero l'emersione del fatto per come davvero è e non per come lo rappresenta a se stesso il giudice. Per quanto si tenterà di dimostrare nel proseguo dell'analisi, pare che l'adeguata acquisizione e prova del fatto attraverso l'impiego dei necessari mezzi istruttori sia imprescindibile, anche al fine di rendere pienamente compiuta l'evoluzione del giudizio sul rapporto e garantita la sua effettività.

Primariamente occorre intendersi sul concetto di fatto giuridicamente rilevante nel processo amministrativo, perché l'accesso, adeguato o meno che sia, del giudice al fatto, non pare poter coincidere – e di questo in via preliminare occorre occuparsi – con una disponibilità, senza limiti, del giudice dei fatti¹¹⁸.

Sotto questo primo rilevante profilo importanti spunti vengono dalla dottrina processualcivile, che più diffusamente si è occupata di questi temi e che tradizionalmente contrappone la scienza e l'ignoranza del giudice. Non si pretende – e sarebbe errato farlo – di applicare *tout court* nel giudizio amministrativo quegli spunti, ma il confronto con il processo ordinario di cognizione appare inevitabile¹¹⁹.

Anche nel giudizio ordinario, peraltro, la linea di confine tra *scienza* e *ignoranza ufficiale* del giudice è meno netta di quanto deriverebbe da un'applicazione rigorosa dei tradizionali brocardi *iura novit curia* e *facta sunt probanda*. Se dunque si continua ad affermare che il giudice “sa il diritto” e “ignora il fatto”, nella prassi non è possibile in termini assoluti sillogizzare il diritto dal fatto e si fa più sfuocata la distinzione tra elementi di fatto e di diritto nella materia del contendere¹²⁰. Da un lato, si dilata lo

¹¹⁷ Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74.

¹¹⁸ Sul tema M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 319, secondo cui «nel processo amministrativo di impugnazione, il giudice non ha un potere di ricostruzione autonoma e completa dei fatti. Nell'accesso ai fatti esso incontra due limiti; l'atto amministrativo da una parte, il vizio-motivo di ricorso dall'altra. Il giudice conosce dei fatti solo in relazione all'atto e cioè in quanto elementi dell'atto o presupposti di esso o in genere componenti dell'episodio di vita da cui emerge l'atto, e ne conosce in quanto oggetto dell'affermazione del ricorrente».

¹¹⁹ A tal proposito si richiamano le parole di A. Romano Tassone, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, 581 ss., secondo cui «se non si pretende di applicare *tout court* nel giudizio amministrativo le nozioni tecniche correnti nella scienza del diritto processuale civile (elaborate anche sulla base di dati positivi specifici), da quest'ultima possono desumersi spunti utili ad impostare, sia pure su un piano molto generale, un discorso sistematico vuoi sul complessivo assetto degli strumenti di difesa nel giudizio di legittimità, vuoi sul ruolo che in tale contesto compete (o può competere) al ricorso incidentale».

¹²⁰ Sul tema si veda E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 1957, 28 ss.

spazio dei fatti notori, dei dati e degli elementi di fatto che il giudice dovrebbe conoscere o che si pretende che il giudice conosca e, dall'altro lato, ci sono fonti del diritto che il giudice può non conoscere.

La regola a cui si ispira il processo ordinario rimane, tuttavia, quella secondo cui il fatto giuridicamente rilevante è quello che le parti fanno oggetto di materia del contendere e invocano a fondamento delle rispettive ragioni, e, anche ai fini del decidere un fatto, ancor prima di essere vero (fattualmente), deve essere vero processualmente. Ai fini del decidere, un fatto è vero cioè non perché il giudice dice di saperlo, ma perché risulta dagli atti del processo e, quand'anche il giudice lo conoscesse per conto suo, deve far conto di ignorarlo.

Così impostata la questione, non stupisce che l'attenzione del giudice ordinario – e delle parti nel processo ordinario – sia rivolta primariamente alle questioni di fatto, perché il più delle volte la controversia riguarda non tanto le conseguenze giuridiche su una versione dei fatti su cui le parti si trovano d'accordo, ma i dati di fatto e la circostanza che un dato, un'informazione sia o non sia nella sua disponibilità, che il fatto che il giudice ufficialmente ignora o è allegato e provato o, ancorché vero, è ritenuto insussistente agli effetti della decisione finale.

L'approccio del giudice amministrativo tradizionalmente è stato e continua ad essere differente.

In passato la cognizione del giudice sui fatti era infatti mediata dalla selezione e ricostruzione operata dall'amministrazione e trovava una sua sintesi nel provvedimento¹²¹ e l'attenzione del giudice amministrativo, che si manifestava restio ad operare un controllo sul giudizio di fatto compiuto dall'amministrazione¹²², era rivolta unicamente alle questioni di diritto¹²³. Ancora oggi, sebbene si sia formalmente superato l'ostacolo dell'insindacabilità del fatto, la ricostruzione dei fatti prospettata dall'amministrazione è spesso accompagnata da quella che in dottrina è stata efficacemente ritenuta una «attendibilità privilegiata»¹²⁴. Nonostante il principio della parità delle parti e del limite rappresentato dalle allegazioni delle parti di tutti i fatti rilevanti nel processo, all'amministrazione, anche inconsapevolmente, si tende a credere di più e la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione nel processo

¹²¹ A. Travi, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Il giusto processo. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 28-29 marzo 2002 presso l'Accademia nazionale dei Lincei*, 2003, 68 ss.; S. Capozzi, *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in Aa. Vv., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile. Atti del convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000*, a cura di B. Capponi, V. Verde, Napoli, 2002, 99 ss.

¹²² Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 316 ss. Sul tema anche F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 459 ss.

¹²³ Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994, 3 rileva che l'approccio del giudice amministrativo e del giudice ordinario ai problemi della causa sia molto diverso, dal momento che «nel primo l'attenzione è rivolta immediatamente alle questioni di diritto, nel secondo l'attenzione è immediatamente rivolta alle questioni di fatto».

¹²⁴ A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss., spec. 8 e 10.

amministrativo assume una rilevanza diversa rispetto a quanto affermato in giudizio dalle altre parti.

Ma vi è di più. Se il confronto con il processo civile mostra una qualche, seppur dubbia, utilità nella valutazione dell'adeguatezza del processo, dell'assetto degli strumenti di cognizione del fatto a disposizione del giudice amministrativo, ovvero dei diritti e degli oneri delle parti in giudizio, sotto questo secondo profilo le strutturali differenze nelle dinamiche del rapporto sotteso al giudizio portano a una inevitabile distinzione del fatto nell'uno e nell'altro e, dunque, al superamento della pretesa di applicare *tout court* il modello del processo civile¹²⁵.

Nel giudizio ordinario si pone il problema di individuare la sfera dei fatti giuridicamente rilevanti che più propriamente e in concreto diventano materia di prova, ma non vi è dubbio che l'attenzione del giudice e delle parti è sui fatti storici in rapporto all'oggetto del contendere. Il dubbio è tutt'al più capire se ai fini dell'individuazione della norma da applicare nel caso concreto e degli effetti che ne conseguono, siano determinanti gli eventi, gli accadimenti od accidenti considerati da un punto di vista meramente storico o di cronaca, ovvero anche l'aspetto delle cose da un punto di vista meramente fotografico¹²⁶. Nella pratica, il fatto giuridicamente rilevante nel processo dipende dal punto o dai punti sui quali si accentra o si centralizza la contesa tra le parti. In giudizio può, dunque, rilevare tanto l'elemento di puro fatto che una certa dichiarazione è stata resa ("ho ricevuto da te il pagamento del tuo debito"), quanto, se è divenuta oggetto della materia del contendere, la questione su particolari dai quali può dipendere la classificazione o l'efficacia giuridica del fatto ("ho pagato il prezzo, il canone o altro", "ho pagato in moneta o altro"). La circostanza che quanto detto corrisponda a ciò che fu veramente fatto o voluto non è questione di fatto, ma si ritiene che la materia del contendere sul fatto si sposti sul terreno del diritto¹²⁷.

2. (Segue): il fatto nel mutato rapporto tra istruttoria procedimentale e istruttoria processuale

¹²⁵ Tra i molti che evidenziano le differenze tra il modello del processo civile e del processo amministrativo, F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss.: «Quel che è certo è che, essendo fondata sulla logica dell'esercizio del potere, ha una sua originalità che la differenzia inevitabilmente dal diritto privato e, per quanto riguarda il processo amministrativo, dal diritto processuale civile».

¹²⁶ Sul tema E. Redenti, *Diritto processuale civile*, cit., 55 ss.

¹²⁷ E. Redenti, *Diritto processuale civile*, cit., 56 fa l'esempio della dichiarazione di pagamento: «Così, per esempio (a caso di tutti i giorni), qualcuno dica o scriva «ho ricevuto da te il pagamento del tuo debito (di prezzo, di canone od altro)», questa è una confessione che fa piena prova, sebbene involga degli elementi di diritto, e su questo punto «se pagamento ci sia stato» può interrogarlo il giudice, può essere deferito un giuramento (...) che se via invece discordanza o questione su dei particolari dai quali può dipendere poi la classificazione o la efficacia giuridica del fatto (per esempio: quale fu la moneta materialmente versata), allora il tema della prova si trasferirà su questi dati o su questi elementi di carattere storico».

Nel processo amministrativo il fatto non può essere inteso, come avviene nel processo civile, come mero accadimento storico, come fatto in senso naturalistico¹²⁸.

Si tratta di considerazione pacifica nella giurisprudenza più recente, che rileva che nella stessa norma attributiva del potere il fatto non viene preso in considerazione nella sua dimensione oggettiva di fatto storico, bensì di fatto mediato e valutato dalla pubblica amministrazione¹²⁹.

Già nel giudizio sull'atto l'applicazione dei limiti propri del giudizio ordinario, secondo cui il giudice conosce dei fatti in relazione all'atto e in quanto oggetto dell'affermazione del ricorrente, mostrava la sua problematicità, perché da un lato vi erano fatti rilevanti ai fini dell'affermazione del vizio che andavano ricercati al di fuori del semplice atto e, dall'altro lato, perché non era netta l'individuazione dei fatti rilevanti nella disponibilità delle parti, a cui si aggiungevano i fatti con funzione di prova dei primi che potevano essere introdotti anche dal giudice¹³⁰. Nell'ambito dei fatti così individuati si poneva il problema del potere del giudice di riesaminare i fatti ai fini del controllo sull'esercizio del potere. Se in astratto il sindacato doveva essere limitato all'accertamento del fatto quale presupposto dell'emanazione dell'atto, perché l'emanazione dell'atto in difetto del presupposto configurava un vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti o violazione di legge e gli era vietato un giudizio di valore, in concreto vi era «una transizione progressiva dell'un tipo di giudizio all'altro» e vi erano «fra l'uno e l'altro, una serie di ipotesi intermedie di collocazione difficile»¹³¹ di accertamenti intorno a fatti complessi in cui accanto all'accertamento del fatto c'era un giudizio valutativo.

Che il fatto non possa essere inteso come mero accadimento storico è ancor più significativo nel giudizio sul rapporto.

Il fatto cioè va visto nella sua dimensione dinamica di soddisfacimento dell'interesse pubblico (*rectius* degli interessi), a cui l'amministrazione è preposta e finalizzata¹³². Seppure siano cambiati il rapporto e la dinamica sottesa a quel rapporto, quella dinamica, anche se in forma diversa, rimane. Il giudice amministrativo non guarda solo cosa è accaduto, non può limitarsi ad acquisire un dato storico, perché

¹²⁸ A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2002, 57 ss.

¹²⁹ Si veda tra le molte Cass., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592.

¹³⁰ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 319: «nell'accesso ai fatti esso incontra due limiti; l'atto amministrativo da una parte, il vizio-motivo di ricorso dall'altra. Il giudice conosce dei fatti solo in relazione all'atto e cioè in quanto elementi dell'atto o presupposti di esso, e ne conosce in quanto oggetto dell'affermazione del ricorrente».

¹³¹ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 319.

¹³² Sul tema R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 109 ss., spec. 112 che rilevano: «solo procedendo alla qualificazione dei fatti si perviene anche ad individuare in concreto l'interesse pubblico che si vuole attuare. L'interesse pubblico assume un contenuto variabile in relazione alle diverse situazioni di fatto, si determina solo progressivamente, attraverso la più completa istruttoria dell'affare, grazie anche all'intervento dei diversi centri di riferimento».

così facendo non coglierebbe l'essenza del rapporto che è divenuto oggetto del suo giudizio. Come è stato reso più di recente evidente dall'emergenza sanitaria, l'evoluzione del contesto fattuale condiziona l'individuazione degli interessi e la loro reciproca composizione¹³³ e, al contempo, la concreta situazione di fatto rileva non in quanto tale, ma nella misura in cui rappresenta una sintesi dell'interesse pubblico, mutevole nel contesto spaziale e temporale di riferimento¹³⁴.

Se il fatto e il giudizio sul fatto rappresentano anche nel giudizio di mera legittimità una componente necessaria¹³⁵ e la non conformità dell'atto al fatto costitutivo rilevante per il potere integra un vizio di legittimità dell'atto¹³⁶, il giudizio sul fatto diviene ancor più significativo nei giudizi e con riguardo alle azioni che non hanno ad oggetto l'impugnazione di un atto, ma che richiedono anche l'accertamento della fondatezza della pretesa.

Il fatto giuridicamente rilevante nel processo amministrativo è rappresentato da quanto avvenuto nel procedimento, in rapporto all'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire, e non può più essere inteso come la supposta prevalenza di un interesse sull'altro, ovvero dell'affermato esercizio del potere dell'amministrazione sul privato, ma rileva il comportamento delle parti nel procedimento, l'adeguato bilanciamento dell'interesse o degli interessi di una parte sull'altra¹³⁷.

In altri termini, il fatto giuridicamente rilevante è rappresentato dall'istruttoria procedimentale compiuta, dal comportamento delle parti nel procedimento e dagli accadimenti e dagli eventi occorsi in quella fase. Il fatto da acquisire e da provare non

¹³³ Sul collegamento tra interessi e fatti A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76: «occorre riconoscere la costante indeterminatezza e concreta dipendenza del valore degli interessi - che guidano e orientano l'attività dell'amministrazione - dall'individuazione (e qualificazione) dei fatti della decisione».

¹³⁴ Sulla distinzione tra interesse pubblico concreto e interesse pubblico astratto si veda per tutti F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 334 evidenzia come l'interesse pubblico concreto non sia un «semplice dato, che assume rilievo ed acquista significato dalla contiguità con altri dati, ma, al contrario, (sia la) conclusione di una sintesi concettuale e, quindi, selettiva. Ciò spiega come esso, pur mantenendo la sua concretezza, si ponga con una certa autonomia rispetto agli altri interessi».

¹³⁵ Sul tema dell'accesso al fatto si vedano G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit.; Id., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 906 ss.; G. Abbamonte, R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, cit., che rilevano l'esigenza che il fatto entri nel processo per quello che è e non costretto dallo schermo dell'atto; G. Abbamonte, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2002.

¹³⁶ Su cui F.G. Scoca, *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Dizionario amministrativo*, II, a cura di G. Guarino, Milano, Giuffrè, 1985, 1555 ss.

¹³⁷ Sul collegamento tra interessi e fatti oltre a F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 330 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 255 secondo cui gli interessi «scaturiscono dai fatti e nella loro consistenza risultano pur essi da un apporto creativo del soggetto responsabile, che deve modellarli sull'impronta della situazione»; del resto M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 78 riconosceva che «sembra anche che esista una più profonda relazione tra interesse e fatti giuridici che però non sappiamo ancora su che si fondi e di cui sfugge l'origine».

è più limitato all'esistenza del provvedimento, ma nel processo diviene la complessa risultante del fatto, e talvolta dei fatti, principale e dei fatti secondari che concorrono alla corretta definizione e adeguata prova del primo. Di tale mutamento nel processo dovrà tenersi conto anche nella definizione, e conseguente allegazione e prova, sia dei fatti costitutivi della pretesa, sia dei fatti impeditivi, estintivi o modificativi della stessa.

Nel mutato giudizio tra amministrazione, cittadino e potere, l'istruttoria procedimentale generalmente trova una sintesi nel provvedimento ma, anche quando non sfocia in un provvedimento, il giudice controlla nel processo quello che è stato fatto prima e il processo si rivela una sorta di ulteriore ed eventuale fase del procedimento e, sotto tale profilo, «momento di cooperazione all'esercizio del potere»¹³⁸.

Pare così di poter giungere all'affermazione, con tutte le cautele che tale affermazione dovrebbe comportare, secondo cui nell'accedere al fatto il giudice rifa nel processo l'istruttoria procedimentale già compiuta nel procedimento¹³⁹.

Il procedimento non può rappresentare, o comunque non necessariamente rappresenta, il fatto storico collocato in quel tempo e in quello spazio per come indicato dall'amministrazione, ma va analizzato nella sua dimensione dinamica, di analisi e di bilanciamento degli interessi delle parti. La cognizione del fatto non deve essere limitata alla verifica dei fatti presi in considerazione dall'amministrazione nell'adozione del provvedimento, non solo perché a volte il provvedimento manca, ma anche perché si chiede al giudice una verifica di tutti i fatti, anche quelli non acquisiti nel procedimento ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa. Il fatto nel nuovo giudizio sul rapporto è dunque rappresentato dal procedimento e da quanto è stato compiuto nel procedimento, non nel senso che l'istruttoria processuale è mediata da quella procedimentale¹⁴⁰, ma perché il giudice la rifa in processo.

È quanto emerge in maniera evidente nei casi di non annullabilità del provvedimento amministrativo di cui all'art. 21-*octies*, comma 2 e di cui si dirà (*infra* §3), in quanto se il giudice si limitasse a guardare al fatto nella sua staticità dovrebbe annullare il provvedimento, preso atto che quanto è stato fatto non corrisponde a quanto imposto dalla norma. In un *continuum* procedimento- processo, l'istruttoria procedimentale diventa tangibile e il giudizio conduce alla non annullabilità anche del provvedimento che non corrisponde al paradigma legale. Né è indice significativo la definitiva teorizzazione del soccorso istruttorio processuale: nel giudizio contro

¹³⁸ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 273.

¹³⁹ In tal senso M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.

¹⁴⁰ Sul tema si veda anche G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, Giappichelli, 2020, 265 ss., che rileva che «la concezione che richiedeva una mediazione necessaria dell'istruttoria procedimentale rispetto al processo è stata il riflesso di un modo superato di intendere l'oggetto del giudizio. Questa mediazione è stata assunta in termini di consequenzialità rispetto all'interpretazione cassatoria del processo amministrativo come mera rivisitazione del procedimento».

L'ammissione dell'aggiudicataria l'irregolarità della dichiarazione viene considerata come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile direttamente nel processo, senza dover rinviare alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo, tutte le volte in cui la parte dimostri «che, ove fosse stato attivato, correttamente, tale rimedio – il soccorso istruttorio – l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione»¹⁴¹. Così facendo, si corregge sostanzialmente il procedimento nel processo, riparando una incompletezza o una irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

Vari sono i punti critici di questa ricostruzione e che meritano un'approfondita riflessione.

Sempre di più il giudice è chiamato a decidere controversie che sottintendono l'acquisizione di elementi tecnici e l'accesso al fatto, così inteso, è mediato da valutazioni tecniche discrezionali dell'amministrazione e richiede al giudice di confrontarsi con saperi estranei alla sua area di competenza¹⁴². A questo deve aggiungersi che spesso l'assetto degli interessi non è dato nemmeno alla fine del procedimento, ma viene forgiato volta per volta in una logica composita che vede il giudice appropriarsi di strumenti e di giudizi che non sono suoi propri e la sentenza compone per la prima volta l'assetto di interessi e definisce il fatto e gli accadimenti occorsi prima.

Il giudizio diviene così la logica continuazione del procedimento nella dinamica degli interessi delle parti e dell'amministrazione.

Si tratta di conclusioni che inducono a un necessario ripensamento del modello e delle regole processuali che erano stati elaborati e codificati con riferimento a un diverso tipo di giudizio e a un diverso modello processuale.

Se non lo si vuole rendere un dogma trascendente e muto, in un così rimeditato oggetto del giudizio e del fatto nel processo amministrativo, occorre in primo luogo ripensare al principio di separazione dei poteri, che in passato ha rappresentato uno dei principali ostacoli all'ampliamento dei poteri del giudice, anche alla luce del più recente dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale (*infra* §7).

Oltre che sul ruolo del giudice (*rectius* del potere giudiziario), in rapporto al potere amministrativo, occorrerà poi ragionare sugli effetti delle sue pronunce. Se il giudice ha infatti un pieno accesso al fatto con le conseguenze sopra dette, il fatto irrompe

¹⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975: «L'esito demolitorio, in tali perentori termini, si rivelerebbe tuttavia contrario allo spirito che ha pervaso la novella dell'art. 38 ed all'impianto di fondo del nuovo processo amministrativo, nella parte in cui esso, alla luce del principio di effettività e satisfattività della tutela, consente al giudice a) un pieno accesso al fatto; b) un pieno accesso al rapporto, quando il potere dell'amministrazione si presenti vincolato. A ciò deve aggiungersi la necessità di pervenire alla rapida definizione della corretta graduatoria della procedura selettiva, evitando defatiganti rinnovazioni di singoli segmenti dell'iter. E non v'è dubbio che l'accertamento della completezza documentale ai fini dell'ammissione alla gara sia il frutto di un'attività vincolata».

¹⁴² Così A. Travi, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173 ss.

nella pronuncia e diviene strumento per limitare il potere dell'amministrazione dopo il giudizio, che, anche quando non idoneo ad assicurare il soddisfacimento della pretesa rende sicuramente più stringente la regola di condotta futura della stessa amministrazione¹⁴³ (*infra* §5). La sentenza non si limita ad accogliere, come avveniva di frequente in passato, la ricostruzione dei fatti dell'amministrazione resistente, ma il giudice tiene conto delle contestazioni delle altre parti e delle eventuali prove contrarie.

Anche sotto tale profilo l'istruttoria assume importanza centrale nel processo, anche se, per quanto si dirà, nell'ultima parte dell'analisi vi sono materie nelle quali continua a prevalere un atteggiamento di eccessiva ritrosia del giudice, che reduce dal passato tende ancora a privilegiare acriticamente la ricostruzione dei fatti espressa nel provvedimento impugnato dall'amministrazione resistente¹⁴⁴.

3. L'articolo 21-*octies*, comma 2 da base normativa per la riedizione del procedimento nel processo a effetto sotto il profilo dell'accettabilità del risultato

Si è già più volte rilevato come quanto affermato sul fatto nel processo amministrativo trovi conferma nel giudizio sull'invalidità del provvedimento e, in particolare, in quello condotto ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990.

A ben vedere, è la stessa giurisprudenza che si è formata prima dell'introduzione della disposizione e che ha trovato una sintesi nell'art. 21-*octies*, comma 2 ad aver anticipato le conclusioni cui si è giunti, nel senso che si spiega solo ammettendo di poter rifare nel processo l'istruttoria procedimentale. Si tratta, d'altro canto, di una precisazione necessaria dal momento che il tema viene trattato nell'ambito dei profili evolutivi della proposta ricostruzione sul fatto, ma più propriamente il profilo dovrebbe dirsi evolutivo e insieme ricostruttivo e viene trattato in questa parte più per ragioni di sistematicità che di stretta necessità.

Vi è poi un'altra premessa doverosa. L'ampio dibattito sulla distinzione tra i vizi formali e i vizi sostanziali, sulla natura processuale o sostanziale dell'art. 21-*octies*, comma 2, sul suo fondamento e sulla sua compatibilità costituzionale, che ha

¹⁴³ M. Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenze del processo amministrativo*, cit., 17 ss.: «l'accertamento dei fatti è lo strumento mediante il quale il giudice può limitare il potere dell'Amministrazione dopo il giudizio e che può condurre, se non ad assicurare l'utilità connessa alla pretesa sostanziale azionata, quantomeno a rendere più stringente la regola di condotta futura della stessa Amministrazione. La trasformazione del giudizio di annullamento in giudizio ordinatorio dipende quindi in larga parte dalla profondità di penetrazione del giudice nella zona del fatto».

¹⁴⁴ Il tema sarà ampiamente trattato nei capitoli quarto e quinto. Sia consentito sin da ora il rinvio a G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.

interessato la migliore dottrina rimane ai margini del ragionamento¹⁴⁵. La norma va cioè analizzata così com'è, in parte per come è scritta, in buona parte per come è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa con le conseguenze dal punto di vista teorico che ne derivano.

In particolare, rileva il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies*, che prevede che il provvedimento amministrativo, ancorché illegittimo, non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento quando l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La disposizione è il risultato di quella giurisprudenza formatasi negli anni Novanta che riteneva non annullabile il provvedimento, indipendentemente dalla sua natura vincolata o discrezionale, illegittimo per violazione dell'art. 7, l. n. 241/1990, qualora la parte, nonostante la mancata comunicazione, avesse comunque partecipato al procedimento¹⁴⁶. Si diceva che in questi casi la norma di legge era violata solo formalmente, perché effettivamente non vi era stata la comunicazione di avvio del procedimento, ma la *ratio* della norma – rappresentata dalla partecipazione del privato – era sostanzialmente rispettata.

¹⁴⁵ La bibliografia sul tema è amplissima. Tra i molti R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 581 ss.; P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003. Tra i numerosi contributi sul tema si vedano D.U. Galetta, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 601 ss.; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.; F. Saitta, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2008; L. Ferrara, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 103 ss.; E.M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, *ivi*, 2006, 1, 33 ss.; F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2295 ss.; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 18 ss.; M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 557 ss.; G. Bergonzini, *Art. 21-*octies* della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 231 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006; S. Civitarese Matteucci, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1, 227 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.

¹⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 1991, n. 1346: «L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali l'amministrazione è obbligata ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241 non ha conseguente invalidanti se il soggetto a favore del quale è previsto l'obbligo di comunicazione abbia comunque partecipato al procedimento amministrativo»; Tar Toscana, sez. I, 1 luglio 1994, n. 416; Tar Marche, 12 agosto 1997, n. 689.

Se si fosse valutata, come in passato, la mera corrispondenza tra norma e atto, il giudizio si sarebbe dovuto concludere con una pronuncia di annullamento del provvedimento e si sarebbe dovuto riavviare un procedimento con previa comunicazione al privato, per ottenere un provvedimento identico nel contenuto a quello in concreto annullato. Il giudice amministrativo, invece, valorizzando sia i principi di buon andamento, efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa nell'ottica del risultato, sia valutando la sottile distinzione tra violazione della norma e violazione della disposizione, giungeva a non annullare il provvedimento formalmente viziato.

Senonché l'evoluzione giurisprudenziale è andata ben oltre e si è giunti a ritenere non annullabile il provvedimento viziato, a prescindere dalla partecipazione del privato al procedimento, tutte le volte in cui, valutate le difese delle parti, l'amministrazione convinceva il giudice che il provvedimento non poteva essere diverso¹⁴⁷. Dal punto di vista teorico-dogmatico, per quanto qui rileva, quest'ultimo caso è ben diverso da quello precedente, perché mentre nel primo il privato aveva partecipato al procedimento e il fatto giuridicamente rilevante in giudizio era rappresentato da quanto avvenuto prima, nel secondo il privato non ha partecipato al procedimento e in giudizio per la prima volta gli è consentito di formulare le osservazioni e di produrre i documenti che avrebbe prodotto nel procedimento e il giudice di fatto esprime nella sentenza una sua personale valutazione sull'atto.

Il comma 2 dell'art. 21-*octies*, introdotto nel 2005¹⁴⁸ nella parte in cui prevede la non annullabilità del provvedimento «per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» rappresenta così la positivizzazione, ancorché non inevitabile e non definitiva, degli arresti giurisprudenziali precedenti. Da un lato, infatti, la norma ha rappresentato un punto di non ritorno di un'evoluzione giurisprudenziale che, in mancanza della norma, sarebbe potuta tornare, forse opportunamente, sui suoi passi; dall'altro lato, la giurisprudenza successiva, per quanto si dirà, è andata addirittura oltre quanto previsto dal legislatore.

Ai fini che interessano, la norma e la giurisprudenza che l'ha preceduta rappresentano almeno a parere di chi scrive, la sintesi, non meno che l'accettazione, che nel processo il giudice può rifare il procedimento e il processo rappresenta un *continuum* del procedimento, perché durante l'istruttoria processuale non sempre il

¹⁴⁷ Tar Sicilia Catania, sez. II, 12 febbraio 1997, n. 190: «La mancata comunicazione di avvio di procedimento vizia l'atto conclusivo solo ove il soggetto non avvisato possa provare che, se avesse potuto partecipare tempestivamente al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni con la ragionevole possibile incidenza causale sull'atto terminale»; Tar Sicilia Catania, sez. III, 20 marzo 2002, n. 528: «Non è configurabile la violazione degli art. 7 ed 8 l. 241 del 1990, per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, nelle ipotesi in cui il ricorrente non provi che la sua partecipazione avrebbe potuto incidere sul provvedimento poi impugnato».

¹⁴⁸ Art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15.

giudice si limita a valutare l'istruttoria procedimentale compiuta, bensì talvolta giunge a compierla per la prima volta o addirittura a rifarla con un'inevitabile, non senza problemi, sovrapposizione tra istruttoria procedimentale e processuale.

Nel giudizio sull'invalidità così impostato, l'amministrazione deve dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato. Nel caso in cui il privato ha comunque partecipato al procedimento, la dimostrazione in giudizio si risolve nell'acquisizione del fatto che nel procedimento ha presentato istanze, memorie, documenti, osservazioni. Maggiori problemi si pongono, invece, quando il privato non ha partecipato alla fase procedimentale e la prova ha ad oggetto un fatto che non si è verificato.

Se si interpretasse letteralmente la norma, si giungerebbe, infatti, all'ossimoro logico per cui l'amministrazione dovrebbe provare nel processo che anche se si fosse comportata diversamente non sarebbe mutato l'esito del procedimento, cioè se avesse comunicato l'avvio del procedimento, il risultato della sua azione sarebbe stato il medesimo. L'onere della prova così ricostruito farebbe perno sulla dimostrazione di un decorso causale ipotetico e si chiederebbe all'amministrazione di provare quello che nella realtà non si è realizzato, ovvero che qualunque osservazione, memoria depositata dal privato – e che non ha depositato perché non ha partecipato al procedimento – sarebbe stata ininfluenza.

Ai fini che interessano, se tale dimostrazione fosse possibile, il giudice sarebbe effettivamente chiamato a valutare la legittimità dell'atto impugnato e l'uso ragionevole della discrezionalità sulla base di quanto è stato compiuto nel procedimento e che trova una sintesi nel provvedimento. Il fatto giuridicamente rilevante sarebbe cioè limitato al procedimento come fatto storico per quello che è stato. Si tratterebbe però di una *probatio diabolica* e, superato l'iniziale timido rigore del giudice, si è aperta la strada a un'interpretazione ben più estensiva, che ha spostato l'onere della prova sul privato, a cui è chiesto nel giudizio di invalidità degli atti di provare in giudizio quanto avrebbe fatto nel procedimento¹⁴⁹.

Per spiegare la norma così come interpretata, si deve pertanto ammettere che l'istruttoria processuale sostituisce quella procedimentale o quanto meno che in giudizio viene fatto quello che non è stato fatto nel procedimento. Il privato sostanzialmente rimesso in termini, per la prima volta nel processo oppone le sue considerazioni e gli viene chiesto di «portare in giudizio le argomentazioni che avrebbe

¹⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257: «Tale disposizione deve infatti essere interpretata nel senso di evitare che l'amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l'onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta»; Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060; Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2017, n. 2218; Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5472.

veicolato nel procedimento», ovvero di allegare quei documenti e argomenti che non sono stati presi in considerazione a causa della mancata partecipazione, «onde consentire all'amministrazione di dimostrarne l'irrilevanza ai fini degli esiti» del procedimento¹⁵⁰. All'amministrazione è cioè consentito di controreplicare per provare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, non avrebbe deciso diversamente. L'amministrazione deve dimostrare al giudice, sul piano controfattuale le ragioni che determinano la sopravvivenza del provvedimento adottato, fornendo di fatto nel processo una sorta di motivazione della decisione impugnata¹⁵¹.

Quello che emerge, come anticipato è che, nel processo, si rinnova il procedimento “ora per allora”, ma il vero punto critico sono le potenziali derive di un giudizio così immaginato, perché il sindacato del giudice potrebbe andare ben oltre la valutazione della mera legittimità del provvedimento, spingendosi alla valutazione dell'intrinseca ragionevolezza del provvedimento adottato dall'amministrazione.

Si assiste infatti a una riedizione del procedimento nel processo e il giudice diviene arbitro del procedimento e valuta la prova data dal privato e la controprova fornita dall'amministrazione a fronte degli elementi in fatto e in diritto forniti dal privato per la prima volta in processo.

Si tratta di un dato pacifico per essere costantemente affermato dal Consiglio di Stato almeno dal 2019, non senza considerare che una simile lettura pone rilevanti problemi di garanzia del singolo a fronte della “sentenza-provvedimento” del giudice, oltre che di nuova definizione del principio di separazione dei poteri (*infra* §6)¹⁵².

Le derive potenzialmente rischiose di una tale interpretazione sarebbero state contenute se si fosse limitata, come si è in effetti fatto immediatamente dopo le modifiche del 2005, l'operatività della norma ai casi di attività vincolata, nonché ai casi di attività discrezionale espressamente previsti di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

Il giudice amministrativo nel *trend* del pieno accesso al fatto ha infatti esteso la portata applicativa dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo ai casi di mancata

¹⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 211.

¹⁵¹ Sul tema si vedano M. Occhiena, F. Fracchia *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, cit., secondo cui «il giudice sembra spingere la costruzione argomentativa in una sorta di terra di mezzo tra il “più probabile che non” e l’“oltre ogni ragionevole dubbio” che, in assenza di meglio, pare di potere definire ricorrendo alla locuzione “oltre il più probabile che non”».

¹⁵² Un discorso a parte riguarda il tema della partecipazione. Sul tema della partecipazione in rapporto al giudizio di invalidità nel processo amministrativo si veda M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., secondo cui «la partecipazione non è più un valore in sé, ma diviene un accidente meramente strumentale all'adozione di un provvedimento migliore» che assume un valore marginale e meramente strumentale.

comunicazione del preavviso di rigetto¹⁵³, al difetto di motivazione¹⁵⁴, fino a giungere all'affermazione che non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato dall'organo incompetente se dal contenuto uguale a quello che avrebbe adottato l'organo competente¹⁵⁵.

Il punto d'approdo dei profili evolutivi è divenuto così ben meno prevedibile dei richiamati profili ricostruttivi. L'art. 21-*octies*, comma 2 è divenuto cioè in processo la norma che ha consentito al giudice di andare oltre il "fatto" e di giungere a un giudizio di riedizione pressoché senza limiti del procedimento, in cui la legittimità è sostanzialmente rappresentata dall'accettabilità del risultato raggiunto e si forma *nel* processo, con evidente lesione degli interessi dei singoli e totale incertezza del suo esito a scapito anche dell'amministrazione resistente.

La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha tentato di riportare la casistica negli schemi tradizionali conformi alla lettera della norma, escludendo l'operatività dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, fuori dalle ipotesi di violazione dell'art. 7, l. n. 241/1990¹⁵⁶. Da ultimo il legislatore con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ha opportunamente posto un freno alle derive estensive della giurisprudenza affermando esplicitamente che: «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*».

Il giudizio sull'invalidità, ancorché con pacifico pieno accesso al fatto, non pare così potersi ulteriormente evolvere senza che siano posti chiari limiti al sindacato del giudice amministrativo e dopo più di mezzo secolo ritrovano una spiazzante attualità le preoccupazioni di Feliciano Benvenuti sulle potenziali derive del procedimento nel processo¹⁵⁷.

4. I riflessi nel giudizio sull'eccesso di potere: la ragionevolezza da limite a indice relativo dell'uso legittimo del potere discrezionale

¹⁵³ Cons. Stato, sez. II, 3 giugno 2020, n. 3485; Cons. Stato, sez. II, 18 marzo 2020, n. 1925; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 29 novembre 2017, n. 1389; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 febbraio 2014, n. 883; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 27 novembre 2013, n. 758.

¹⁵⁴ Tar Campania, Napoli, sez. VI, 23 ottobre 2013, n. 4676; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 21 giugno 2013, n. 1461.

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5355; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 971; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 17 settembre 2013, n. 1263.

¹⁵⁶ Sul vizio di incompetenza Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2021, n. 4983: «Ritiene in proposito il Collegio che il vizio di incompetenza non sia passibile di sanatoria sostanziale ex art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990, ostandovi lo stesso comma 2 di detto articolo su cui la sanatoria si dovrebbe fondare ("non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti" qualora si tratti di atto vincolato il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello che fu). Il Collegio ritiene infatti che, a questi effetti, le "norme sul procedimento o sulla forma degli atti" non possano considerarsi inclusive di quelle sulla competenza, per una pluralità di ragioni».

¹⁵⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.

Venendo ai profili più propriamente evolutivi, occorre interrogarsi sugli effetti della piena conoscibilità del fatto da parte del giudice amministrativo sui vizi di legittimità del provvedimento, in particolare con riguardo all'eccesso di potere.

Le vicissitudini dell'eccesso di potere hanno, infatti, segnato sin dalle origini l'evoluzione del sindacato di legittimità del giudice amministrativo e dei suoi confini¹⁵⁸, così che il superamento dei tradizionali limiti all'accesso al fatto si inserisce, e al contempo spiega gli approdi giurisprudenziali più recenti sull'eccesso di potere¹⁵⁹. In materia, il profilo sostanziale e quello processuale sono strettamente intrecciati, sì che i connotati sostanziali del vizio condizionano i margini del relativo intervento giurisdizionale e viceversa.

Il passaggio da un mero giudizio di conformità/difformità dallo schema legale ad un giudizio sul ragionevole esercizio del potere discrezionale se, da un lato, ha trasformato il concetto stesso di invalidità degli atti della pubblica amministrazione, dall'altro lato, ha incontrato nella sua compiuta affermazione le resistenze derivanti dalla ritrosia del giudice nell'accesso al fatto.

Nella sua forma originaria l'eccesso di potere era letteralmente inteso come sviamento di potere¹⁶⁰, ovvero come «usurpazione» o «straripamento» del potere¹⁶¹ e dunque, in questo senso, «implica(va) sempre violazione o falsa applicazione di legge»¹⁶². L'eccesso di potere come «vizio della funzione» secondo la nota definizione di Benvenuti¹⁶³, poi seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive¹⁶⁴, ha condotto, invece, il giudice ad un sindacato più penetrante, che si sostanzialmente in un vero e proprio controllo, seppure estrinseco, dell'agire dell'amministrazione e del procedimento logico compiuto per giungere alla decisione finale¹⁶⁵. Detto controllo

¹⁵⁸ Si veda N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000.

¹⁵⁹ In dottrina, la bibliografia sull'eccesso di potere è amplissima. Tra i lavori più recenti si vedano C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012; C. Marzuoli, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016. Si vedano anche F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.; E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 341 ss.; P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, Appendice, III, Torino, Utet, 1982, 219 ss.

¹⁶⁰ F. Rovelli, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Società editrice "vita e pensiero", 1938, 447 ss.

¹⁶¹ A. Travi, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 2, 455 ss.

¹⁶² Così A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 416.

¹⁶³ F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., ora anche in Id., *Scritti giuridici. Articoli e altri scritti (1948/1959)*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 991 ss.

¹⁶⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 316 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere amministrativo*, cit.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 620 ss.

¹⁶⁵ Di recente F. Merusi, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 37 ss. «attraverso l'impugnazione dell'atto,

si arrestava di fronte alla ricostruzione dei fatti dell'amministrazione, nel rischio, talvolta più avvertito che reale, di incorrere in una valutazione di merito vietata al giudice amministrativo.

L'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche ha così rappresentato il tentativo di dare sostanza all'eccesso di potere¹⁶⁶ e insieme di evitare che il giudice si facesse amministrazione¹⁶⁷. Il giudice, infatti, al ricorrere di quelle circostanze, doveva desumere il cattivo uso del potere discrezionale e dichiarare l'illegittimità del provvedimento, senza di fatto esaminare il corretto agire dell'amministrazione. Al contempo, però le figure sintomatiche hanno rappresentato un limite nel sindacato sulla discrezionalità, in quanto, se assenti, il giudice non poteva far altro che giungere a un rigetto della domanda azionata e considerare valido l'atto impugnato. Da un lato, dunque, pur esentando il giudice da un esame in concreto della ragionevolezza, gli hanno consentito di sindacare in processo quello che era accaduto nel procedimento, dall'altro lato, il sindacato sul potere discrezionale era per certi versi obbligato entro i confini delle figure sintomatiche e, come affermato da autorevole dottrina, il vizio ridotto a «un catalogo di prescrizioni»¹⁶⁸.

L'affermarsi del giudizio sul rapporto e l'evolversi del sindacato verso un sindacato di tipo sostanziale¹⁶⁹, in cui il perseguimento del risultato è entrato a far parte della legittimità¹⁷⁰, ha condotto progressivamente al superamento delle figure

prospettando il vizio di eccesso di potere, si è in realtà censurata l'attività che precede l'atto, la funzione amministrativa».

¹⁶⁶ T. Alibrandi, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 1, 229 ss.; Id., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 58 ss.; M. Camilli, *Considerazioni e «sintomi» dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.

¹⁶⁷ C. Marzuoli, *Eccesso di potere*, cit., secondo cui «la figura sintomatica è geniale, per il suo tempo. Al giudice si chiede di accertare il sintomo e non di spingersi fino ad accertare il male. Si può così ritenere che il giudice non entri in contatto con il merito. Ciò consente, in un'epoca in cui il timore di un'ingerenza del giudice nei poteri dell'esecutivo è forte, l'allargamento dell'ambito della legittimità, altrimenti improbabile».

¹⁶⁸ Così A. Travi, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, cit., 480 secondo cui «l'eccesso di potere, in questo modo, diventa irrimediabilmente un vizio "formale", una sorta di violazione di legge "in frammenti", come si riscontra già oggi concretamente nel caso delle c.d. figure sintomatiche».

¹⁶⁹ Così A. Police, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. Torricelli, Torino, Giappichelli, 2018, 41 ss., spec. 55.

¹⁷⁰ A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, Jovene, 2001, 813 ss.; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 299 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

sintomatiche dell'eccesso di potere, a cui si ricorre ancora oggi nel processo – o meglio nei ricorsi¹⁷¹ – più per omaggio alla tradizione¹⁷², che per reale necessità¹⁷³.

A questo deve aggiungersi che il principio della separazione dei poteri, per quanto già si è detto sull'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, e per quanto si dirà, non è più rigorosamente inteso e il giudice amministrativo, soprattutto in determinate materie, ha oramai superato l'originaria timidezza nel sindacato sulla discrezionalità¹⁷⁴.

L'eccesso di potere è divenuto così espressione della violazione dei principi generali dell'ordinamento (logicità, razionalità, proporzionalità)¹⁷⁵, che hanno assunto dignità autonoma e il giudice analizza l'uso ragionevole (logico, razionale, proporzionato) del potere discrezionale indipendentemente e a prescindere dall'emergere delle figure sintomatiche. Così, per esempio, l'uso sproporzionato del potere, che un tempo era ricondotto all'ingiustizia grave e manifesta, viene sanzionato non più facendo ricorso ad una figura sintomatica dell'eccesso di potere, bensì alla violazione dello stesso principio di proporzionalità, peraltro codificato nell'art. 1 della l. 241/1990.

Più di recente, il sindacato sull'eccesso di potere si trova al centro di altre importanti evoluzioni.

Da un lato, la legge ha perso la sua centralità e ha lasciato il posto a regole non scritte e a principi che spesso sono stati elevati a norme¹⁷⁶; dall'altro lato il controllo del giudice si è fatto in alcuni casi ancor più incisivo per effetto della piena conoscibilità da parte del giudice del fatto.

Sotto il primo profilo, accanto alla tendenziale «decostruzione» del diritto amministrativo¹⁷⁷, si è fatta meno netta la distinzione tra norma e principio, non perché quella distinzione sia venuta meno, quanto piuttosto perché alcuni principi, tra

¹⁷¹ Come rileva F. Merusi, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, cit., i ricorrenti «continuano ad utilizzare le figure sintomatiche», mentre le sentenze «sempre più traducono i motivi di ricorso (...) senza neanche più parlare di eccesso di potere, ma solo di violazione di principi o regole generali di diritto».

¹⁷² Così G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 172: «la categoria dell'eccesso di potere (...) risulta poco più che un omaggio alla tradizione storica del diritto amministrativo italiano: come del resto si può dire della intera tripartizione legale dei vizi del provvedimento»; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 222, secondo cui le figure sintomatiche «alla fin fine, esse potrebbero essere considerate, più semplicemente, come figure retoriche ormai convenzionalmente accettate nella pratica argomentativa giudiziaria».

¹⁷³ M. Trimarchi, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1300 ss. che più di recente rileva l'utilità delle figure sintomatiche nel mantenere il giudice «entro i binari di un controllo giuridico compatibile con la separazione dei poteri».

¹⁷⁴ Sui rischi del sindacato sull'eccesso di potere tra i molti R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 480 ss.

¹⁷⁵ F. Merusi, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, cit.

¹⁷⁶ Sul tema C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., 63 ss.

¹⁷⁷ F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, cit.; F. Merusi, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, cit.

cui quello di efficacia, economicità, trasparenza, sono divenuti essi stessi norma¹⁷⁸, con la conseguenza che la violazione del principio, che in passato necessariamente veniva ricondotta all'eccesso di potere¹⁷⁹, può oggi essere ricostruita come violazione diretta di legge¹⁸⁰.

Quest'ultimo aspetto induce un'ulteriore riflessione che interessa nell'analisi condotta, in quanto anche a voler ricondurre quel vizio di legittimità nella "violazione di legge", non pare che il sindacato in questo caso sia riconducibile al sindacato sulla violazione di legge¹⁸¹. Il giudice non pare cioè potersi limitare all'accertamento formale della conformità/non conformità della fattispecie allo schema legale di riferimento, in quanto l'indeterminatezza della regola lascia all'interprete l'integrazione del suo contenuto e dunque della sua violazione e il giudizio sulla non proporzionalità, sulla non logicità etc. di un provvedimento diviene valutazione dell'accettabilità complessiva o meno dell'agire pubblico¹⁸².

Il secondo profilo, che è strettamente legato al primo, è quello che più propriamente interessa, in quanto il sindacato con accesso al fatto pare condurre il giudice ad una valutazione della ragionevolezza intrinseca dell'atto.

In altri termini, superato il riferimento alle figure sintomatiche, la giurisprudenza pare più di recente far riferimento alla ragionevolezza non più come mero limite esterno del sindacato sull'eccesso di potere. L'irragionevolezza da parametro formale per la valutazione dell'eccesso di potere è divenuta cioè indice "relativo"¹⁸³, che dunque non viene considerata di per sé, nella sua emersione oggettiva, ma nel complesso degli elementi, dei fatti e delle circostanze che in concreto hanno concorso a determinare un caso nella sua storicità e che il giudice è definitivamente in grado di conoscere¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Parla di «confusione tra norma e principio» M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.

¹⁷⁹ Secondo C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 146 ss. «la trascrizione del principio in una norma non è sufficiente, di per sé, per trasformare il tipo di sindacato necessario per applicare il principio».

¹⁸⁰ C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 85.

¹⁸¹ Sul tema tra i molti R. Cavallo Perin, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 657 ss.; R. Laschena, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, Treccani, 1994; L. Orusa, *Violazione di legge. Diritto amministrativo*, in *Noviss. dig.*, XX, Torino, Utet, 1975, 857 ss.

¹⁸² S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 ss.

¹⁸³ S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione, in Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., 1 ss., spec. 12, parla di «relativa ragionevolezza», rilevando che «è legata non più tanto al modo di perseguire un interesse pubblico predeterminato dal legislatore, quanto al modo di comporre una serie di interessi privati e pubblici che emergono nella fattispecie e che trovano connessione con un qualche norma capace di qualificarli».

¹⁸⁴ Sul tema si veda A. Police, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, cit., 53 rileva come il sindacato sull'eccesso di potere si sia evoluto fino a spostare «la propria attenzione sullo stesso prodotto o esito della decisione, ponendolo in relazione appunto con gli elementi rilevanti della situazione su cui si è provveduto (...) costruendo tutto sull'apprezzamento giudiziale di tale decisione

Se in passato il giudice amministrativo raramente giungeva a un giudizio «sintetico della decisione nel suo risultato economico e sociale»¹⁸⁵, nel giudizio con accesso al fatto il controllo sulla discrezionalità e conseguentemente l'eccesso di potere riguardano l'interesse pubblico nella sua dimensione dinamica, in rapporto agli altri interessi pubblici e privati che emergono nella fattispecie concreta¹⁸⁶.

Il giudizio di annullamento è dunque l'esito di un giudizio di non ragionevole lesione degli interessi pubblici e privati coinvolti in confronto alle circostanze di fatto definitivamente conoscibili dal giudice, ancorché l'interesse pubblico in senso stretto continui ad avere un trattamento per così dire privilegiato e la tutela, per tradizione o per cultura del giudice amministrativo, tenda ad essere spesso sbilanciata quasi oggettivamente a favore dell'amministrazione¹⁸⁷. Si giunge così al non annullamento di atti illegittimi, quando si ritenga accettabile il risultato raggiunto, anche alla luce delle risorse (persone e mezzi strumentali) dedicate alla vicenda concreta, spesso invocando l' "interesse pubblico" quasi come fosse una mera clausola di stile.

Nella materia dei concorsi pubblici, per esempio, lo scarso tempo di correzione dei compiti raramente viene considerato lesivo dell'interesse alla scelta del candidato migliore e il più delle volte considerato alla luce dell'efficienza amministrativa. L'accertamento dello sviamento di potere e conseguentemente la pronuncia di annullamento sono di fatto rimessi alla prova – quasi impossibile – del ricorrente che il provvedimento adottato dall'amministrazione non sia sorretto da alcun interesse pubblico¹⁸⁸, cosicché è difficile che un atto sia annullato per sviamento di potere.

Per le stesse ragioni, la legittimità della scelta finale viene valutata alla luce dell'istruttoria compiuta e che ragionevolmente poteva essere compiuta e dei risultati raggiunti e raggiungibili nel procedimento. Così, come meglio verrà approfondito nel quarto Capitolo, quando nel corso del procedimento non venga acquisito un parere previsto dalla legge come obbligatorio, non per circostanze imputabili all'amministrazione procedente, ma per esempio perché l'organo consultivo non l'abbia reso nei termini, il giudice potrebbe considerare l'istruttoria comunque idonea, e dunque il provvedimento illegittimo non annullabile, ancorché mancante di elementi previsti dalla legge come obbligatori.

Un discorso a parte meriterebbe il vizio di motivazione, tradizionalmente ricondotto all'eccesso di potere. In particolare, ai fini dell'analisi condotta rileva il tema

in relazione alla consistenza ovvero al peso delle situazioni di fatto e di diritto (o interesse) che il giudice medesimo ritenga meritevoli di tutela».

¹⁸⁵ Così G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3171.

¹⁸⁶ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 343 secondo cui «l'intero sindacato sull'esercizio del potere amministrativo non può essere spiegato con il solo ricorso alle clausole generali. Non si tiene conto del fatto che l'interesse privato è (stato) elevato a componente (imprescindibile) dell'interesse pubblico concreto».

¹⁸⁷ Sul tema C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., spec. 68 ss. secondo cui l'eccesso di potere «esprime una certa visione della specialità amministrativa».

¹⁸⁸ G. Mannucci, *Eccesso di potere e adeguatezza della tutela*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, cit., 97 ss.

della motivazione postuma, nella misura in cui l'accesso del giudice al fatto ha importanti ripercussioni anche sotto tale profilo¹⁸⁹.

Se in passato tendenzialmente si negava l'ammissibilità della motivazione postuma, che costringeva il privato alla proposizione di un ricorso al buio senza conoscere compiutamente le ragioni in fatto e in diritto che avevano condotto l'amministrazione ad adottare un determinato provvedimento, oggi il *discrimen* pare essere rappresentato dal fatto che la motivazione sia integrata dall'amministrazione con gli atti del procedimento o mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi¹⁹⁰. Mentre nel primo caso la motivazione postuma si ritiene ammissibile, nel secondo caso, si invoca il ruolo del giudice amministrativo quale giudice del potere esercitato e non del potere da esercitare e l'integrazione continua ad essere ritenuta inammissibile, in quanto prospettata per la prima volta dall'amministrazione nel corso del giudizio, «quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca»¹⁹¹.

A ben vedere non è tuttavia sempre agevole capire quando l'obbligo di motivazione non sia violato perché i documenti dell'istruttoria offrono «elementi sufficienti ed univoci per comprendere le concrete ragioni del provvedimento assunto»¹⁹², ovvero quando l'iter in fatto e in diritto possa essere facilmente ricostruito sulla base di atti del procedimento diversi da quelli indicati dall'amministrazione.

¹⁸⁹ Sul tema della motivazione si veda tra tutti A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013. Tra i contributi M.S. Giannini, *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 257 ss.; V. Mazzarelli, *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3 ss.; F.G. Scoca, *I vizi formali, nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2004, 55 ss., spec. 71 ss.; G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3, 837 ss.

¹⁹⁰ Tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001: «Nel processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è, in particolare, ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento - nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta - oppure attraverso l'emaneazione di un autonomo provvedimento di convalida. È invece inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi.»

¹⁹¹ Tra le molte Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2018, n. 5291.

¹⁹² Tra le molte la già citata Cons. Stato, n. 2001/2021 che rileva altresì: «Il primo giudice, qualora escluda l'illegittimità del provvedimento impugnato sulla base di *rationes decidendi* che non trovano fondamento nell'impianto motivazionale dell'atto amministrativo, incorre nel vizio di ultrapetizione, oltre che nella violazione del principio di separazione dei poteri ex art. 34, comma 2, c.p.a. Sotto il primo profilo, il principio della domanda di cui agli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c. - espressione del potere dispositivo delle parti, completamento del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in base alla *regula juris* di cui all'art. 112 c.p.c. e pacificamente applicabile anche al processo amministrativo - comporta che sussiste il vizio di ultrapetizione, quando l'accertamento compiuto in sentenza finisce per riguardare un *petitum* ed una *causa petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente negazione del bene o dell'utilità richiesti dalla parte ricorrente per ragioni dalla stessa non esternate, con conseguente pregiudizio del suo diritto di difesa. La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato emerge, altresì, qualora, ammettendo una integrazione postuma della motivazione sottesa al provvedimento, il primo giudice statuisca su una fattispecie oggettivamente diversa da quella prospettata nel provvedimento gravato, con evidente lesione dei diritti di difesa della controparte (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28). Sotto il secondo profilo, attinente alla violazione

Tuttavia, se si ammette che il giudice possa rifare il procedimento nel processo, non pare più così rilevante dover distinguere le due ipotesi. Se, infatti, il giudice rifa il procedimento in processo, sostanzialmente non è vincolato alla motivazione data dall'amministrazione. In altri termini, il limite che l'atto da cui si desume la motivazione sia stato compiuto nel procedimento, non sembra sufficiente per porre un argine al potere del giudice di rifare di fatto la motivazione nel processo.

Si assiste così più che a un'integrazione postuma della motivazione a una definitiva dequotazione, o come si è efficacemente detto in dottrina a un generale «depotenziamento»¹⁹³ della motivazione del provvedimento nel processo, con buona pace del principio di separazione dei poteri e di una stretta interpretazione dell'art. 34, comma 2 c.p.a. e del vizio di ultrapetizione¹⁹⁴.

5. (Segue): e nella riedizione di un potere “limitatamente inesauribile”

Dalle ultime considerazioni fatte sull'eccesso di potere in ragione del più ampio accesso del giudice amministrativo al fatto, derivano ulteriori conseguenze sugli effetti delle sue pronunce e, dunque, sugli spazi che residuano alla pubblica amministrazione nel successivo riesercizio del potere.

Il modo di intendere l'eccesso di potere e il relativo sindacato influenzano sia la portata conformativa delle sentenze, sia i limiti del successivo potere dell'amministrazione e l'estensione del giudizio di ottemperanza¹⁹⁵. Se, per quanto si è detto con riguardo al sindacato sull'eccesso di potere, il giudice tiene conto delle circostanze di fatto e la ragionevolezza diviene indice relativo nel giudizio sull'accettabilità del risultato raggiunto, il fatto irrompe nella sentenza finale e diviene, da un lato, strumento per limitare il potere dell'amministrazione dopo il giudizio,

del principio di separazione dei poteri, il giudice di primo grado, qualora abbia formulato argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne alterano l'impianto motivazionale, emette una pronuncia su poteri non ancora esercitati, in violazione del disposto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., venendo esaminata la legittimità di nuove questioni a sostegno della decisione censurata, non previamente decise dal competente organo amministrativo».

¹⁹³ Così M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.; si veda anche M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'applicazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 269 ss., spec. 272; M.S. Giannini, *Motivazione*, cit., che rileva che «conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare»; V. Mazzarelli, *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3 ss.

¹⁹⁴ In senso critico R. Villata, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 1217 ss. Sul tema si veda anche Id., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, ivi, 115 ss.

¹⁹⁵ Sul tema A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 154 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 84 ss.

dall'altro lato, parametro nell'eventuale successivo giudizio di ottemperanza nel caso di violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato amministrativo¹⁹⁶.

Quanto al primo profilo, tradizionalmente il giudicato veniva ricostruito attorno alla posizione di supremazia dell'amministrazione e alla possibilità che la stessa adottasse ulteriori provvedimenti a seguito della sentenza¹⁹⁷, che non aveva «effetti ulteriori rispetto alla statuizione sulla controversia intorno alla validità di uno specifico atto»¹⁹⁸. Il profondo mutamento del processo, dell'accertamento giudiziale, della diretta cognizione dei fatti e della possibilità/tendenza di integrare l'istruttoria procedimentale consentono dunque di ricondurre alla sede processuale l'accertamento definitivo del rapporto e di spostare in avanti (cioè alla fase giudiziale) quella preclusione alla allegazione di fatti nuovi che prima si tentava di radicare nella fase procedimentale¹⁹⁹. Se il giudice accede al fatto e non si accontenta della ricostruzione dei fatti dell'amministrazione resistente, non rappresentando più l'istruttoria procedimentale una preclusione in sede processuale, ma il fatto, per quanto si è detto, si forma addirittura in processo, la sentenza, sia essa di accertamento o di condanna, rende certamente più stringente la regola di condotta futura della stessa amministrazione, nel senso che il vincolo giudiziale derivante dal giudicato è di intensità proporzionale all'ampiezza dell'accertamento anche in fatto.

Vi è poi un altro aspetto da tenere in considerazione e che rileva nell'indagine condotta sui profili evolutivi derivanti all'accesso al fatto nel processo amministrativo.

Una delle principali critiche mosse alla teorica del giudizio sull'atto e che insieme con la giurisprudenza e poi con l'intervento del legislatore hanno spinto alla trasformazione verso un giudizio sul rapporto era rappresentata dal fatto che il giudizio così circoscritto non impediva all'amministrazione di reiterare all'infinito atti

¹⁹⁶ Sul giudizio di ottemperanza si veda M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss.; Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983, fra cui si vedano i contributi di F.G. Scoca, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*; C. Calabrò, *L'ottemperanza come prosecuzione del «giudizio amministrativo»*; A. Sorrentino, *Provvedimenti elusivi e giudizio di ottemperanza*; si vedano anche L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.; F. Francario, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 52 ss.; M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *federalismi*, 2010, 18; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 534 ss.

¹⁹⁷ F. Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 893 ss. secondo cui «il valore della esistenza o della inesistenza dell'atto in confronto alle successive iniziative dell'amministrazione solo apparentemente dipendono dal giudicato amministrativo»; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; A. Romano Tassone, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in www.giustamm.it. Più di recente sul giudicato, S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹⁹⁸ Così A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo. Napoli 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962, 55 ss.

¹⁹⁹ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 369, con riguardo al processo di giurisdizione piena, con considerazioni che alla luce delle intervenute modifiche legislative possono essere estese al mutato processo di giurisdizione di legittimità.

amministrativi identici a quello annullato²⁰⁰. Nel giudizio amministrativo di legittimità delle origini, nel quale l'accertamento riguardava il solo provvedimento impugnato e i fatti erano indirettamente conosciuti per quanto filtrava dal provvedimento, il vincolo conformativo e insieme preclusivo del giudicato rischiava di essere assai poco intenso²⁰¹.

Con l'accesso del giudice al fatto e il definitivo, ancorché per quanto si è detto non compiuto, affermarsi di un giudizio sul rapporto, dette problematiche paiono essere attenuate. Il condizionale è d'obbligo per quanto si è detto e per quanto si dirà, ma se il fatto fosse adeguatamente conosciuto, si avrebbe una progressiva maggiore ampiezza dell'accertamento sul che cosa l'amministrazione era ed è tenuta a fare²⁰² e con esso un proporzionale incremento dell'intensità del vincolo creato dal giudicato sul successivo esercizio del potere della pubblica amministrazione²⁰³.

Si dovrebbe assistere cioè a un ampliamento dell'ambito delle «questioni che furono fatte» e di tutte quelle «che si sarebbero potute fare»²⁰⁴ intorno alla pretesa fatta valere in giudizio e contemporaneamente a un restringimento dei residui spazi di agire libero della pubblica amministrazione.

Nel successivo giudizio, potrebbe così non esserci più spazio, e auspicabilmente necessità, per un giudizio di ottemperanza di natura mista di esecuzione e/o di cognizione. In un giudizio di cognizione improntato all'accertamento del fatto, purché si ribadisce effettivo ed adeguato, la decisione finale cioè dovrebbe già essere di per sé sola strutturalmente e funzionalmente idonea ad indirizzare l'ulteriore esercizio del potere.

La cognizione del fatto fatta *ex ante* durante il giudizio di cognizione dovrebbe cioè riportare il giudizio di ottemperanza nei suoi tradizionali binari di giudizio di esecuzione²⁰⁵, secondo l'originaria definizione dell'art. 27, n. 4 del testo unico del 1924 che definiva il giudizio di ottemperanza come quel giudizio volto ad ottenere «l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

²⁰⁰ Già G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 204 evidenziava la centralità del problema del coordinamento tra giudizio di legittimità e giudizio di ottemperanza.

²⁰¹ Sul tema M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit.

²⁰² M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 411; si veda anche A. Travi, *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 10, 976 ss.

²⁰³ Sul rapporto tra giudicato e riedizione del potere si vedano R. Villata, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; più di recente S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

²⁰⁴ Così G. Chioenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1953, 341; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 80 ss.

²⁰⁵ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 212.

Diviene così di primaria importanza una questione che è rimasta tutto sommato in sottofondo nel dibattito intorno al processo amministrativo, ovvero quella della preclusione del dedotto e del deducibile²⁰⁶. Fino ad ora ci si è infatti occupati dell'effetto conformativo delle sentenze del giudice amministrativo più per ribadire gli spazi di libertà dell'amministrazione anche a seguito di un giudicato, che per definire quanto all'amministrazione è precluso, fondamentalmente basandosi sulla pretesa e sull'illusione del giudice amministrativo di non poter far altro che «salvare l'amministrazione da se stessa»²⁰⁷.

Anche questo tema è strettamente connesso a quello del fatto come acquisito dal giudice nel processo, nel senso che occorre chiedersi quali siano i fatti coperti dal giudicato. Se in via generale non può escludersi che l'effetto vincolante del giudicato copra tutta le situazioni sopravvenute di riedizione del potere ove questo coinvolga fatti nuovi non contemplati e non contemplabili in precedenza, la questione riguarda quei fatti sui quali il giudice non si è pronunciato, ma che potrebbero essere stati oggetto di esame e che l'amministrazione introduce dopo il giudicato nella fase di riesercizio del potere amministrativo.

Emblematico sotto tale profilo è il contenzioso in materia di concorsi universitari, nel quale si assiste a processi spesso a catena caratterizzati dall'intervento via via più incisivo del giudice sulle valutazioni delle commissioni giudicatrici e dal progressivo "esaurimento" della discrezionalità dell'amministrazione²⁰⁸. L'oggetto del contendere soprattutto nei giudizi successivi al primo diviene, infatti, non tanto la legittimità del provvedimento e, dunque, la fondatezza della pretesa che rischia di non essere accertata in nessuno dei giudizi e dei giudicati che si susseguono, quanto le valutazioni successive dell'amministrazione, fino al raggiungimento di quel punto di equilibrio, o forse di compromesso²⁰⁹, rappresentato dal secondo esercizio di un potere teoricamente inesauribile²¹⁰.

A ben vedere, tuttavia, le successive valutazioni dell'amministrazione, poiché non dovrebbero prescindere dalle risultanze di fatto su cui le sentenze azionate si fondano, altro non sono che fatti (storici), che si consente all'amministrazione di introdurre dopo il primo giudicato, ma che il giudice amministrativo nel giudizio con accesso al fatto, potrebbe e dovrebbe accertare già nel primo giudizio.

²⁰⁶ Sul tema si veda A. Romano Tassone, *Sulla regola del dedotto e del deducibile nel giudizio di legittimità*, cit.

²⁰⁷ Così G. Tropea, *Il processo amministrativo in trasformazione nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Itinerari interrotti, Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. Giani e A. Police, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 291 ss.

²⁰⁸ Sul contenzioso in materia L. Belviso, M. Lavatelli, *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 394 ss.; A. Sau, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 384 ss.

²⁰⁹ Sul tema si veda L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss.

²¹⁰ Sul tema M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Sotto tale profilo pare che l'effettivo accertamento del fatto vada di pari passo con un uso adeguato degli strumenti istruttori a disposizione del giudice in uno con la lealtà processuale delle parti, per far sì che l'attività di cognizione, fino ad ora frammentata nella fase dell'ottemperanza e negli eventuali giudizi successivi al primo, sia concentrata in un unico momento.

Così facendo, a fronte di un giudicato che non dovrebbe lasciare margini a comportamenti potenzialmente elusivi, non ci dovrebbe essere bisogno di successivi giudizi o di appellarsi a criteri di incerta applicazione²¹¹, quali la «frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino»²¹², di recente invocato dal Consiglio di Stato in un caso in cui a fronte del terzo giudizio negativo il giudice amministrativo ha condannato il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca a rilasciare l'abilitazione scientifica nazionale sull'assunto che il susseguirsi di tre giudicati di annullamento, «operante come fatto e non come atto», ha l'effetto di «svuotare» l'amministrazione del proprio potere discrezionale.

6. Il necessario ripensamento del principio di separazione dei poteri

La questione della definizione e dell'estensione dei poteri del giudice nei confronti della pubblica amministrazione è da sempre stata coesistente alle concezioni del momento storico in tema di separazione dei poteri e degli spazi di discrezionalità ritenuti insindacabili²¹³.

Il principio di separazione dei poteri ha in effetti rappresentato in passato l'argomento principale per negare la continuità tra procedimento e processo e la progressiva cognizione del giudice del fatto è andata storicamente di pari passo con l'erosione della sfera riservata della pubblica amministrazione.

Il profilo relativo alle valutazioni tecniche e all'individuazione del limite tra valutazione del fatto che attiene al presupposto di legittimità e questione di

²¹¹ Sul tema G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

²¹² Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, con note di S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1172 ss. e di F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 4, 499 ss. Si veda anche F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazioni)*, cit., 1107 secondo cui la strada percorsa dalla sentenza è quella giusta «se si vuole che il processo amministrativo si conformi al modello del giusto processo. Ma essa va percorsa fino in fondo (...) dopo il primo processo di cognizione e l'annullamento del provvedimento negativo, la controversia sulla reiterazione deve portarsi direttamente all'esame del giudice dell'ottemperanza».

²¹³ Sul tema si veda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 124 secondo cui «la definizione dei poteri di decisione del giudice è proporzionata alla cd. riserva di amministrazione, nel senso che tanto più estesa è tale riserva, tanto più è circoscritta la capacità cognitiva e decisoria del giudice».

opportunità, continua a porre rilevanti problemi e ce ne se occuperà più diffusamente nel quarto Capitolo.

Con riguardo più in generale alla separazione dei poteri²¹⁴, si ritiene oramai superata la concezione dell'insindacabilità di un potere sull'altro, che nel processo amministrativo conduceva ad affermare il divieto che l'istruttoria procedimentale trovasse ingresso nel processo²¹⁵. Per quanto già si è detto, la distinzione tra vicende sostanziali e processuali è sempre più incerta e il giudice in alcuni casi giunge addirittura a rifare il procedimento in processo. Occorre, quindi, nuovamente interrogarsi sui suoi poteri in rapporto al principio di separazione dei poteri e la distinzione tra limiti interni e esterni di giurisdizione deve essere oggetto di una rinnovata riflessione²¹⁶.

L'analisi che segue, a chiusura del ragionamento sui profili evolutivi nel processo, riguarderà come anticipato il necessario ripensamento del principio di separazione in rapporto all'accesso del giudice al fatto e dunque il mutato rapporto tra potere

²¹⁴ Sulla separazione dei poteri fra i molti A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, cit.; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.; F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, 17 ss. Sulla riserva d'amministrazione D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 85 ss.; E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 521 ss.; G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.

²¹⁵ Sul tema L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, 43 ss. secondo cui non può più opporsi l'argomento secondo cui quello che è stato oggetto della relazione sostanziale (cioè del procedimento) non può più trovare ingresso nel processo.

²¹⁶ Osservano A. Police, F. Chirico, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.: «il significato delle espressioni “limiti interni” - “limiti esterni” dipende dal punto di osservazione dell'interprete». Secondo una parte della dottrina tradizionale, che guarda alla giurisdizione nel suo insieme, «il limite esterno della giurisdizione è quello costituito dai “limiti internazionali” e dai “limiti costituzionali”, oltre i quali non può spingersi alcun giudice appartenente all'ordinamento giudiziario italiano; il limite interno della giurisdizione, invece, è il confine determinato nell'ambito del potere giurisdizionale tra i diversi ordini di giudici, ossia il confine oltre il quale finisce la sfera di potere di un giudice e comincia quella di un giudice diverso». Secondo altra prospettazione, che guarda non alla giurisdizione nel suo insieme, ma al singolo plesso giurisdizionale, «i limiti interni della giurisdizione, la cui violazione non è sindacabile dalla Corte di Cassazione, riguarderebbero invece l'interpretazione fornita dal giudice speciale delle norme sostanziali e processuali, e più in generale, le questioni attinenti alle modalità di esercizio della tutela da parte di quest'ultimo, in quanto tali non soggetti al sindacato della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.». Per la prima impostazione si vedano V. Caianiello, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, in *Id.*, *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, Cedam, 1986, 647 ss., spec. 679: «il controllo della Cassazione sul limite interno della giurisdizione amministrativa, cioè sul riparto fra le giurisdizioni (...) il controllo della Cassazione sul limite esterno della giurisdizione amministrativa ha come scopo di impedire che nell'esercizio del potere giurisdizionale loro conferito, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa invadano la sfera riservata dalla legge all'assoluta discrezionalità della Pubblica Amministrazione». Aderisce alla seconda impostazione A. Pajno, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2013, 59, secondo cui «la Corte di cassazione (correttamente) interpreta quello da effettuarsi ai sensi dell'art. 111, c. 8, cost. non solo come sindacato sul riparto della giurisdizione (ordinaria o amministrativa), ma anche come sindacato sul rispetto, da parte di ciascun giudice, dei limiti della propria competenza giurisdizionale»; sul tema si veda altresì M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 173 ss.

giurisdizionale e amministrativo. La “decostruzione” dello stesso ha, tuttavia, interessato il potere giurisdizionale e amministrativo, non meno che quello legislativo, di cui tuttavia non ci si occuperà²¹⁷.

Quel principio ha portato il legislatore del 1865 a vietare al giudice ordinario di annullare, modificare, revocare gli atti della pubblica amministrazione e poi alla successiva istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato che, solamente perché incardinata nella pubblica amministrazione, poteva annullare gli atti amministrativi, così non invadendo la sfera riservata dell'amministrazione²¹⁸. Il principio di separazione dei poteri veniva poi strumentalizzato nel confronto, non sempre dialogante, che periodicamente si ripropone e che resta ai margini del discorso condotto²¹⁹, tra giurisdizione ordinaria e amministrativa²²⁰ e i sostenitori della giurisdizione unica invocando la formula della separazione dei poteri arrivavano addirittura ad affermare non solo che il giudice dovesse essere separato dall'amministrazione anche quando giudica di questa il giudice risolutore dei conflitti²²¹, ma mettevano in luce anche il profilo inverso, per cui l'amministrazione dovesse essere separata dalla giurisdizione e cioè sottratta al suo controllo²²².

Nel superamento del principio di separazione dei poteri rigidamente inteso e del parallelo timido ampliamento dei poteri del giudice amministrativo da coordinare razionalmente con il potere amministrativo²²³, un ruolo centrale ha avuto

²¹⁷ Sul tema M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., che rileva: «ciò che si tradurrà poi nella crisi del merito amministrativo non è che uno degli episodi di decostruzione, perché questa ha interessato anche il principio di legalità (...) ed allora nella separazione dei poteri muta anche il ruolo del giudice, che non è più difensore della legge e censore della violazione della legge, ma tutore di regole che possono essere qualificate solo temporalmente come degli antecedenti conformativi dell'azione amministrativa».

²¹⁸ M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, cit., 107 ss. secondo cui il principio è «qui invocato a sproposito, perché nel nostro ordinamento positivo esso non ha il significato di principio di separazione assoluta di poteri, ma quello di principio di organizzazione (...) la realtà è molto più semplice: quando fu emanata la legge del 1865, il legislatore temeva l'attività del giudice e volle conservare alla pubblica amministrazione una serie di privilegi: uno dei privilegi che egli volle conservare fu appunto quello di vietare al giudice di fare ciò che fanno i giudici quando vien loro domandato di accertare che un certo atto è invalido: annullarlo».

²¹⁹ A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.; sul rapporto tra “motivi di giurisdizione” e unità e pluralismo della giurisdizione si vedano M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.; R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.

²²⁰ Parla di «forte tensione» tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato che periodicamente si ripropone G. Tropea, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo “interno” ed “esterno” tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1255.

²²¹ C.E. Gallo, *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

²²² M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 65.

²²³ F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, I, Milano, Vallardi, 1911, 347 ss.

l'interpretazione del giudice risolutore dei conflitti, dapprima individuato nel Consiglio di Stato e poi, dal 1877, nelle sezioni unite della Corte di Cassazione.

La nascita del sistema dei conflitti di attribuzione può farsi risalire alla legge sarda del 20 novembre 1859, n. 3780²²⁴, il cui intento a ben vedere era quello di verificare non tanto le giurisdizioni o le attribuzioni, ma di impedire ingerenze del potere giudiziario nell'amministrazione e garantirle spazi di esercizio insindacabile del potere.

Quell'intento e quella diffidenza nei confronti del potere giudiziario sono rimasti immutati anche quando, con la riforma del 1865, il potere di reprimere i conflitti, che prima era del re (previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministero dell'Interno, sentito il Consiglio dei Ministri)²²⁵, è stato trasferito al Consiglio di Stato²²⁶, che sui conflitti esercitava giurisdizione propria.

La scelta del Consiglio di Stato quale organo risolutore dei conflitti ha rappresentato già di per sé un'anomalia, perché il Consiglio di Stato era esso stesso parte dell'amministrazione e il conflitto diveniva così un conflitto tra poteri non propriamente separati e non propriamente pari ordinati, in cui il "giudice" che risolveva il conflitto era anche parte del conflitto.

Quest'anomalia in parte spiega le criticità del sistema originario di risoluzione dei conflitti, che di fatto aveva spogliato il territorio del contenzioso ordinario in favore dell'amministrazione. Il Consiglio di Stato, infatti, aveva risolto gran parte dei conflitti, dichiarando, anche se impropriamente²²⁷, «competente» l'autorità amministrativa²²⁸ e dunque ampliando le aree di potere incensurabile²²⁹.

Anche quando con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 la competenza a conoscere dei conflitti è stata attribuita alla Corte di Cassazione a sezioni unite, l'atteggiamento dell'organo risolutore non è mutato. L'impressione era che le questioni di competenza venissero risolte più che in vista di un'effettiva separazione dei poteri, in funzione della decisione della questione di merito. La possibilità di elevare il conflitto diveniva

²²⁴ Art. 1 recita: «vi è conflitto quando l'Autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'Autorità amministrativa, o quando un Tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo».

²²⁵ Il Consiglio di Stato dava il preavviso ai sensi dell'art. 17.

²²⁶ Si veda F.G. Scoca, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 93 ss.

²²⁷ Secondo M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 176: «nei casi in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché "competente" sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere».

²²⁸ Nel periodo 1865-1877, il Consiglio di Stato concludeva così i decreti con cui risolveva a favore dell'amministrazione i conflitti sollevati davanti ad esso: «Dichiara competente l'autorità amministrativa a risolvere la causa onde è sorto il presente conflitto».

²²⁹ A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 414 rileva che «l'uso del mezzo straordinario, assai parco nei primi anni, si andava facendo sempre più frequente, in guisa da dar ragione a chi lo qualificava di abuso diretto a sottrarre quanto più si potesse alla competenza dei tribunali» e «troppo spesso, seconda la felice esposizione del Mancini, i litiganti erano "rimandati dalle aule giudiziarie alle anticamere dei Ministri"».

così una vera e proprio «arma»²³⁰, che il legislatore dava all'amministrazione per consentirle di difendere il suo territorio, sottraendo la controversia al giudice che la stava esaminando e dirottandola verso l'organo risolutore dei conflitti.

Negli anni immediatamente successivi alla istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato si era oramai diffusa l'idea che i tribunali ordinari non fossero in grado di «sopperire al bisogno di assicurare la giustizia nell'amministrazione»²³¹ e che l'eccesso di potere operasse «in un campo incomparabilmente più largo di quello in cui sta contenuta l'autorità del giudice civile»²³². Così era fortemente contestata la possibilità che le decisioni della quarta sezione fossero suscettibili di ricorso alla Cassazione come giudice dei conflitti e, da un lato, si utilizzava l'*escamotage* della natura amministrativa della quarta sezione del Consiglio di Stato²³³ per sottrarla al sindacato del giudice ordinario, dall'altro lato, si raccomandava alla Cassazione, che tendeva ad un'interpretazione lata dei propri poteri²³⁴, di procedere «con prudenti criteri»²³⁵.

Non mancarono poi i tentativi in dottrina di creare un tribunale speciale dei conflitti a composizione mista paritaria²³⁶, in ogni caso circoscrivendo la competenza

²³⁰ Sul tema G. Mantellini, *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, I, Firenze, Barbera, 1873; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 445; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 129 ss.

²³¹ A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., secondo cui «finché di facoltà discrezionali sia da sommo ad imo intessuta ogni pubblica gerarchia, i tribunali ordinari non potranno sopperire al bisogno di assicurare la giustizia nell'amministrazione. Il loro controllo esterno e schematico dovrà fra l'altro essere integrato e supplito da quello più penetrante e più efficace di speciali giurisdizioni amministrative».

²³² L. Mortara, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1889, 245.

²³³ Anche chi come L. Mortara, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, cit., affermava la natura giurisdizionale della IV sezione evidenziava il bisogno di una modificazione radicale della legge del 1877.

²³⁴ Si veda V. Caianiello, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit., lamenta la tendenza della Cassazione a considerare come questione di giurisdizione l'esistenza o meno di un interesse legittimo.

²³⁵ Così S. Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., 1252. Rileva altresì che « il controllo su queste decisioni è di una estrema delicatezza (...) Più delicato ancora esso si rende nell'ipotesi che una giurisdizione amministrativa sia stata essa stessa giudice di un eccesso di potere da parte o di un'altra giurisdizione di grado inferiore o di una semplice autorità amministrativa, e che siffatto giudizio si sia correttamente compiuto con i criteri con cui la nozione dell'eccesso si delinea nel campo amministrativo, più larga e penetrante che non nel campo giudiziario. Di tale differenza la Cassazione dovrà tenere conto, altrimenti rischia di considerare come eccesso ciò che da parte della giurisdizione fu esercizio di una competenza legittima».

²³⁶ Così anche F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 369. Rileva la necessità di «mutare l'attuale sistema che dei loro conflitti fa giudice l'organo supremo della magistratura ordinaria e affidare invece siffatta attribuzione ad un apposito tribunale» S. Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, cit., 1224. Più di recente M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1699: «non vi è dubbio che la via maestra rimane quella della riforma istituzionale, indicata più di un secolo fa da Ludovico Mortara, addivenire cioè ad un tribunale della giurisdizione a composizione mista»; R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 356 secondo cui «l'istituzione di un Tribunale dei conflitti a composizione mista risulterà certamente la soluzione più consonante con un sistema dualistico fondato sulla piena parità di giudice ordinario e giudice amministrativo, ma a tal

della Cassazione ed escludendo la giurisdizione sul controllo sulla discrezionalità «per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da fare valere». In altri termini, quando la questione involgeva l'esercizio della discrezionalità, si diceva che la controversia non riguardasse la giurisdizione ma il merito, perché «l'amministrazione reclama, come parte in causa, un suo diritto» e «la giurisdizione, sbagliando, lo disconosce»²³⁷ e così se ne sottraeva il controllo alla Cassazione, che aveva esteso il controllo di legittimità anche all'eccesso di potere nelle forme via via assunte nella giurisprudenza del Consiglio di Stato²³⁸.

fine dubito fortemente circa la percorribilità di siffatto obiettivo senza una riforma costituzionale»; N. Paolantonio, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, cit., 1235 ss.

²³⁷ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 771 «l'eccesso di potere, ancorché implichi un giudizio che si avvicina al merito, rimane, però distinto da questo. Coll'eccesso di potere si colpisce il caso che non vi sia alcun fatto che costituisca motivo o causa dell'atto, in cui, cioè nessuna ragione di utile pubblico giustifichi l'atto. Nel sindacato di merito, si ricerca se essendovi una qualche, benché minima ragione di pubblica utilità, che costituisce motivo o causa dell'atto, questa sia idonea in linea di opportunità o equità a dar vita all'atto stesso. La giurisprudenza è molto rigorosa nell'escludere siffatto sindacato di merito non solo quando si tratti dell'uso di poteri discrezionali puri dell'amministrazione, ma nemmeno dell'esercizio della discrezionalità tecnica». Si veda anche sul tema O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora in Id., *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 165 ss. che nel commentare la sentenza delle Sezioni Unite n. 321 del 21 gennaio 1928 che riconosce il difetto di giurisdizione nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia esercitato «un sindacato di merito invadendo il campo proprio dell'attività amministrativa», poiché si trattava di valutazione di elementi rimessi al potere discrezionale dell'amministrazione dello Stato la critica affermando che: «Ma con tutto il rispetto per l'altissimo magistrato, a noi non sembra che tale tesi possano essere seguite: (...) ammesso per poco che il provvedimento impugnato fosse discrezionale, l'impugnativa contro di esso, per la mancata osservanza della condizione, a cui ne era stata vincolata la emanazione dal Ministero dei lavori pubblici, non esorbitava dai confini del giudizio di legittimità; conseguentemente il ricorso al Consiglio di Stato, in sede di giurisdizione di legittimità, era proponibile; e il Consiglio di Stato, decidendo su di esso rimaneva nei limiti dei poteri ad esso spettanti nel giudizio di legittimità».

²³⁸ M. D'Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss. Tra le molte sentenze che hanno dato un'interpretazione estensiva della questione di giurisdizione ravvisabile anche nell'ipotesi in cui manchi del tutto una norma che tuteli la situazione dedotta in giudizio Cass., sez. un., 22 ottobre 1984, n. 5365 e 5363: «L'improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione si verifica esclusivamente quando, alla stregua dei fatti allegati, non si rinvenga nell'ordinamento alcuna norma o principio astrattamente idonei a far rientrare la posizione dedotta fra quelle suscettibili di tutela giurisdizionale; pertanto, nella controversia per il rilascio di immobile locato, promossa da chi assuma la qualità di locatore, la contestazione di tale qualità da parte del convenuto non può valere a far escludere la giurisdizione del giudice ordinario, sotto l'indicato profilo dell'improponibilità della domanda, in quanto investe il fondamento nel merito della domanda medesima, cioè la concreta sussistenza di una posizione che l'ordinamento astrattamente tutela come diritto soggettivo azionabile dinanzi a quel giudice»; Cass., sez. un., 23 luglio 1984, n. 4489: «Una situazione d'improponibilità assoluta della domanda, che dà luogo al difetto di giurisdizione, ricorre quando la pretesa fatta valere in giudizio non sia riconducibile, nella sua stessa enunciazione, ad alcuna norma o principio dell'ordinamento, astrattamente idonei a tutelarla, e, pertanto, non può essere ravvisata con riguardo alla domanda del lavoratore subordinato, rivolta ad impugnare per illegittimità il licenziamento, trattandosi di istanza che trova riferimento nella disciplina dei licenziamenti di cui alle l. 15 luglio 1966, n. 604 e 20 maggio 1970, n. 300, mentre ogni questione sulla concreta sussistenza dei presupposti per l'applicazione di tale disciplina spiega rilievo solo al diverso fine del fondamento nel merito della domanda medesima»;

Nonostante le critiche e il tentativo di individuare prudenti criteri per l'esercizio da parte della Corte di Cassazione del proprio sindacato sulla giurisdizione, il legislatore non è più tornato sulla scelta di attribuire a quel giudice la giurisdizione in materia di conflitti²³⁹. Il ruolo delle sezioni unite quale giudice risolutore dei conflitti è stato confermato nei testi legislativi successivi²⁴⁰, nel codice di procedura civile del

Cass., sez. un., 3 giugno 1986, n. 3700: «Quando la p. a. agisce nell'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione soggettiva che ad essa si contrappone non è tutelabile come diritto soggettivo, a nulla rilevando che, nell'esercizio dei suoi poteri, l'amministrazione stessa agisca direttamente oppure si avvalga, per esigenze tecniche, dell'opera di privati, i quali, allorché nell'attività esecutiva loro legittimamente conferita restano nei limiti delle incombenze demandate, svolgono, di fatto, i compiti propri della medesima amministrazione ed operano per il conseguimento di fini di pubblico interesse; ne consegue il difetto assoluto di giurisdizione dell'ago, per improponibilità della domanda, rispetto all'azione promossa dal privato per le reintegrazioni nel possesso di un bene acquisito dalla p. a. e consegnata ad un appaltatore per l'esecuzione di un'opera di pubblica utilità»; Cass., sez. un., 5 dicembre 1986, n. 7213: «Qualora il pubblico dipendente, dopo aver conseguito dal giudice amministrativo l'annullamento di atti illegittimi che gli abbiano negato la promozione in esito a scrutinio per merito comparativo, nonché un provvedimento di ricostruzione della carriera da parte del datore di lavoro, agisca contro quest'ultimo per ottenere interessi legali corrispettivi e rivalutazione automatica, con riguardo alle proprie spettanze retributive tardivamente erogate, ed inoltre per farne valere la responsabilità risarcitoria per l'adozione degli indicati atti illegittimi, deve essere affermata, in ordine alla prima pretesa, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, vertendosi in tema di crediti trovanti titolo immediato e diretto nel rapporto di pubblico impiego, mentre, in ordine alla seconda pretesa, deve essere dichiarata l'improponibilità della domanda, per difetto assoluto di giurisdizione, considerato che la suddetta procedura di scrutinio per merito è regolata da norme di azione, essenzialmente rivolte a tutelare esigenze pubblicistiche, e che, pertanto, a fronte della inosservanza da parte dell'amministrazione di tali norme, non è configurabile un'azione risarcitoria, difettando la lesione di una posizione di diritto soggettivo»; *contra* l'orientamento secondo cui la pronuncia sull'inesistenza di tutela giuridica attiene al merito non alla giurisdizione Cass., sez. un., 20 giugno 1987, n. 5449: «La configurabilità astratta del diritto fatto valere in giudizio costituisce questione di merito e non di giurisdizione, di competenza del giudice adito, e pertanto non può essere sollevata con regolamento preventivo di giurisdizione, che va conseguentemente dichiarato inammissibile»; Cass., sez. un., 21 febbraio 1987, n. 1879: «Nella controversia promossa dall'Inps davanti al giudice ordinario, per conseguire la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi assicurativi, le questioni inerenti alla rilevanza sull'obbligo contributivo di una requisizione aziendale subita da detto convenuto attengono al fondamento nel merito della pretesa, non alla giurisdizione, né, in particolare, possono configurare un difetto di giurisdizione per improponibilità assoluta della domanda, ravvisabile solo nel diverso caso in cui manchi nell'ordinamento una norma o principio astrattamente idonei a tutelare la posizione dedotta in giudizio; ne consegue l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione proposto in relazione alle suddette questioni»; Cass., sez. un., 15 giugno 1987, n. 5256: «La c.d. improponibilità assoluta della domanda tra privati per mancanza di una norma che tuteli la situazione dedotta in giudizio, è questione di merito e non di giurisdizione e perciò non può essere denunciata con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione».

²³⁹ Sul tema di vedano B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; V. Caianiello, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit.

²⁴⁰ Per una ricostruzione dello sviluppo storico della nostra legislazione in materia si veda M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 173 ss. La l. n. 3761/1877 aveva previsto la devoluzione alla Corte di Cassazione dei «conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali», nonché i giudizi relativi alla «nullità per incompetenza ed eccesso di potere» delle sentenze delle giurisdizioni speciali, dove per incompetenza si intendeva quella relativa e cioè l'invasione della sfera di competenza di altro giudice ordinario o speciale e per eccesso di potere, l'incompetenza assoluta, cioè l'invasione della sfera di competenza di un diverso potere dello Stato, amministrazione o giurisdizione. La l. n. 62/1907 riconobbe la natura giurisdizionale delle decisioni

1942²⁴¹ e poi nell'art. 111, comma 8 della Costituzione, che ha previsto il ricorso in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per i soli motivi inerenti la giurisdizione. Da ultimo il codice del processo amministrativo agli artt. 91 e 110 non ha fatto altro che confermare la previsione costituzionale prevedendo che il ricorso per Cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione²⁴².

Sebbene «nelle leggi e nella prassi, i termini suddetti siano adoperati in modo tutt'altro che costante e preciso»²⁴³, se si volesse mantenere ferma la distinzione tra conflitti di attribuzione e conflitti di giurisdizione, ai fini dell'analisi, con le precisazioni che seguono, pare di poter dire che rileverebbero i primi, non i secondi, ovvero nel ragionamento condotto sull'accesso del giudice al fatto il conflitto tra giurisdizioni tende ad assumere una rilevanza secondaria, mentre emerge l'esigenza di un controllo sul corretto esercizio del potere.

7. (Segue): il ruolo della Cassazione nella definizione dei poteri del giudice amministrativo nella prospettiva dell'eccesso di potere giurisdizionale

Se il giudice accede al fatto, rifa per quanto si è detto il procedimento nel processo, se anche quando il fatto è tecnico, la riserva di amministrazione di fatto non rappresenta più un limite al sindacato del giudice e si fa sempre più labile il confine tra opinabilità e opportunità, tra legittimità e merito, tra poteri che l'ordinamento riconosce al giudice e poteri riservati all'amministrazione, il problema non è tanto stabilire a chi appartenga la giurisdizione, se al giudice ordinario o al giudice amministrativo, ma piuttosto capire se nell'esercizio dei suoi ampliati poteri, e in particolare nell'accesso al fatto, il giudice amministrativo invada l'ambito, seppure progressivamente ristretto, dei poteri insindacabili dell'amministrazione. Il giudice nel processo sul rapporto non si limita a verificare la legittimità di un atto o di un comportamento, ma traduce esso stesso i risultati della sua verifica, che per quanto si è detto va oltre il rapporto che trova sintesi nel provvedimento, in vincoli per

pronunciate dal Consiglio di Stato a seguito di ricorso e canonizzo il principio della impugnabilità delle stesse «per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato». La formula è stata successivamente trasfusa nell'art. 48, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato). Dopo la Costituzione, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge istitutiva dei Tar) ha ribadito la proponibilità del ricorso in Cassazione «per motivi inerenti alla giurisdizione», con formula ripresa anche dal più recente d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 in relazione all'impugnazione delle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa.

²⁴¹ V. Caianiello, *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit.

²⁴² Per un commento degli artt. 91 e 110 c.p.a., si veda F.P. Luiso, *Mezzi di impugnazione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2015, 889 ss., M. D'Orsogna, *Motivi di ricorso*, ivi, 1014 ss. Si veda altresì M.V. Ferroni, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005; C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir e proc. amm.*, 2013, 2-3, 553 ss.

²⁴³ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 174.

l'amministrazione e per il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione. Con l'affermarsi del giudizio di ottemperanza e della possibilità per il giudice di verificare il rispetto dei limiti dettati in sentenza il dogma della separazione dei poteri si trova ad essere drasticamente ridimensionato e così occorre interrogarsi rispettivamente sui limiti della giurisdizione e del sindacato della Cassazione sui conflitti di attribuzione²⁴⁴.

Le vicende più recenti segnano un nuovo attivismo della Cassazione, che tende ad ampliare il giudizio letteralmente «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» alle «forme di tutela» considerando norma sulla giurisdizione «non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quale forma di tutela esso si estrinseca»²⁴⁵ e ricostruendo come questione di giurisdizione anche il difetto di qualsiasi potere (cioè assoluto) di giurisdizione, quando non vi sia nessuna situazione da tutelare e nessuna azione da esperire²⁴⁶. Il giudizio davanti alla Cassazione per

²⁴⁴ R. Villata, *Sui «motivi inerenti la giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss.; Id., *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, cit. Sul tema si veda anche M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.

²⁴⁵ Così a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254: «Ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione - dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la S.C. può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo (fattispecie relativa a domanda di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, avendo la S.C. considerato che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato). È viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

²⁴⁶ Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736: «Le decisioni del Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza sono soggette al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul rispetto dei limiti esterni della propria potestà giurisdizionale, tenendo presente che in tal caso è attribuita al giudice amministrativo una giurisdizione anche di merito. Al fine di distinguere le fattispecie nelle quali il sindacato è consentito da quelle nelle quali è inammissibile, è decisivo stabilire se oggetto del ricorso è il modo con cui il potere di ottemperanza è stato esercitato (limiti interni della giurisdizione)

motivi di giurisdizione diviene pertanto un potenziale terzo grado di giudizio, tutte le volte in cui le sezioni unite, superata la «difficoltà di cogliere di volta in volta la linea di discriminazione tra sindacato di merito e di legittimità», si spingono fino a circoscrivere i poteri del giudice amministrativo²⁴⁷, ancorché non siano così frequenti i casi in cui la Cassazione accoglie il ricorso e cassa la sentenza del giudice amministrativo.

Comunque nella prassi la distinzione tra conflitti di giurisdizione e di attribuzione perde i suoi netti confini e la questione di giurisdizione interseca il principio di separazione dei poteri, perché per la Cassazione l'eccesso di potere giurisdizionale, nel quale rientra anche il difetto assoluto di giurisdizione – da contrapporre al difetto relativo di giurisdizione, che denuncia invece il superamento del limite costituito dalla giurisdizione di altro giudice, ordinario o speciale – va inteso come sconfinamento dell'attività giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi.

Se lo sconfinamento nel campo legislativo appare più teorico che pratico²⁴⁸, per un verso perché vorrebbe dire che il giudice crea lui una norma²⁴⁹, per altro verso

oppure se sia in discussione la possibilità stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza (limiti esterni della giurisdizione); ne consegue che, ove le censure mosse alla decisione del Consiglio di Stato riguardino l'interpretazione del giudicato, l'accertamento del comportamento tenuto dall'Amministrazione e la valutazione di conformità di tale comportamento rispetto a quello che si sarebbe dovuto tenere, gli errori nei quali il giudice amministrativo può eventualmente incorrere, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano interni alla giurisdizione stessa e non sono sindacabili dalla Corte di cassazione. (Fattispecie in tema di giudizio di ottemperanza conseguente ad annullamento di una delibera del Consiglio superiore della magistratura di conferimento di incarico direttivo di un ufficio giudiziario)».

²⁴⁷ Così tra le molte Cass., sez. un., 8 marzo 2012, n. 3622: «Non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il Consiglio Superiore della Magistratura ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio Superiore ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati».

²⁴⁸ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 169.

²⁴⁹ Cass., sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784: «In tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. L'ipotesi non ricorre quando il Consiglio di Stato si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la "voluntas legis" applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla "ratio" che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dare luogo, tutt'al più, ad un "error in iudicando", non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale»; ancora sul tema tra le molte Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428 hanno chiarito che: «è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia. Ne consegue che non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale la pronuncia del Consiglio di Stato, della quale sia denunciata l'irrivalenza per mancato rispetto del termine di almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, prescritto dall'art. 60 del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (codice del processo amministrativo), in relazione alla convocazione in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di sospensiva della sentenza appellata, ove il collegio, sentite

perché il più delle volte si contesta il vizio non tanto quando il giudice crea la norma ma quando si è limitato a interpretarla e quindi non è, salve innovative prese di posizione che pure non sono mancate, denunciabile in Cassazione²⁵⁰, di rinnovata attualità e rilevante nell'analisi condotta è l'ipotesi di sconfinamento del potere giudiziario nel potere amministrativo²⁵¹.

Vi rientrano infatti i casi in cui il giudice usa poteri di cognizione e/o di decisione più ampi o anche solo diversi rispetto a quelli attribuiti dalla legge, perché decide nel merito in sede di giudizio di sola legittimità, perché decide dell'opportunità dell'atto, sostituendolo o riformandolo, perché compie in giudizio accertamenti o valutazioni demandati all'amministrazione nel procedimento²⁵².

Così, per esempio, quando in materia di appalti, il giudice amministrativo, dopo aver individuato ragioni di contraddittorietà del provvedimento, si spinge a valutare anche la "inidoneità" e la "insufficienza oggettiva" dei dati addotti a sostenere il rilievo del deficit di fiducia che hanno portato la stazione appaltante ad aggiudicare o non

sul punto le parti costituite e senza alcuna opposizione di queste, abbia poi definito, in sede camerale, tutto il giudizio introdotto con l'atto d'appello mediante sentenza in forma semplificata».

²⁵⁰ Per tutte si veda Cass., sez. un., 8 febbraio 2013 n. 3037: «Il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, che non possa essere da lui conosciuta. Ne consegue che è inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con cui sia stata dichiarata l'inammissibilità della revocazione di una sentenza, sotto il profilo che l'errore censurato non ricadesse sui fatti prospettati dalle parti, essendo, piuttosto, imputabile ad un'adeguata valutazione del collegio giudicante, in quanto il diniego di tutela risulta intervenuto non già in ragione di un ravvisato ostacolo alla conoscibilità della domanda, ma per effetto di interpretazione di norme invocate a sostegno della pretesa».

²⁵¹ Tra le molte Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312: «La sostituzione da parte del Giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'Amministrazione costituisce ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto. Va, pertanto, cassata una sentenza del Consiglio di Stato che, nell'annullare un provvedimento di rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa adottato dalla p.a. appaltante ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), ha finito per sostituirsi nel momento valutativo riservato alla stazione appaltante».

²⁵² Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 9443: «Con riguardo alle pronunzie del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile ai sensi dell'art. 111, terzo comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa. (Nella specie, le S.U. hanno rigettato il ricorso volto a denunciare lo sconfinamento dei limiti esterni della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo nella sentenza che aveva disposto che al rinnovo della procedura valutativa in un concorso per la copertura di un posto di professore universitario associato avrebbe dovuto provvedere una commissione d'esame diversamente composta, da nominarsi a cura dell'Università)».

aggiudicare l'appalto a una determinata impresa, giungendo a una valutazione di fatto di non condivisibilità dell'atto impugnato, le sezioni unite sono chiamate, quale giudice di "terzo grado", a valutare lo sconfinamento nella riserva amministrativa²⁵³.

Al vaglio del giudice della giurisdizione vi sono poi tutti le questioni che insorgono nel giudizio di ottemperanza, in cui al giudice amministrativo è consentito in linea di principio di sostituirsi all'amministrazione nel provvedere e in concreto la questione dei limiti della giurisdizione in rapporto con la riserva di amministrazione si risolve nella valutazione dello sconfinamento rispetto alla regola più o meno stringente dettata dal giudice nella sentenza da ottemperare (*infra* §5)²⁵⁴. Nell'ipotesi in cui l'esecuzione del giudicato sia impossibile per effetto di sopravvenienze e il giudice amministrativo si pronuncia, non pare che si ponga propriamente un problema di giurisdizione sindacabile in Cassazione²⁵⁵, ma non sono mancate sentenze che affermano che anche in quest'ultimo caso sono violati i limiti esterni della giurisdizione²⁵⁶.

²⁵³ Tra le molte Cass., sez. un., 19 settembre 2012, n. 22784.

²⁵⁴ Tra le molte Cass., sez. un., 19 ottobre 2012, n. 17936: «L'abuso dello strumento del giudizio di ottemperanza da parte del giudice amministrativo può risolversi in un vero e proprio eccesso di potere giurisdizionale solo se ne sia derivato un indebito sconfinamento del provvedimento giurisdizionale nella sfera delle attribuzioni proprie dell'amministrazione o, eventualmente, di un giudice appartenente ad un ordine diverso».

²⁵⁵ Così A. Police, F. Chirico, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit. secondo i quali «la violazione di tale regola, più che determinare uno sconfinamento nella riserva amministrativa e quindi un vizio di giurisdizione, sembrerebbe dar luogo ad un mero errore *in iudicando*. Ciò anche considerato che l'impossibilità di eseguire il giudicato trova uno specifico rimedio nell'ambito del giudizio di ottemperanza, rappresentato dall'azione di risarcimento prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a.».

²⁵⁶ Per tutte Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302: «La sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza ad un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più oramai ripetibile, ordina alla competente amministrazione di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento («ora per allora») al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetto, pertanto, al sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione»; *contra* la dottrina R. Villata, «*Lunga marcia*» della Cassazione verso la giurisdizione unica («*dimenticando*» l'art. 103 della Costituzione)?, cit., secondo cui «in ordine alla specifica vicenda scrutinata non si riesce proprio a condividere la soluzione al riguardo accolta: di certo non è dato ipotizzare il superamento del confine tra giudice amministrativo ed ordinario, giacché neppure al secondo sarebbe spettato disporre la valutazione comparativa a soli fini previdenziali. Ma neppure risulta violata la riserva di potere amministrativo, come viceversa si sarebbe potuto ipotizzare se il Consiglio di Stato avesse emesso la sentenza nell'esercizio della sua giurisdizione generale di legittimità e nel contempo avesse provveduto direttamente a siffatta comparativa valutazione; in sede di ottemperanza, è inutile ricordarlo, la giurisdizione è infatti di merito. L'eventuale errore del Consiglio di Stato, se lo si vuol ravvisare, concerne allora in ogni caso il contenuto della decisione assunta, lo si riconduca a un presupposto del giudizio di ottemperanza o al merito della misura adottata, mentre è un fuor d'opera riferirlo al mancato rispetto dei limiti esterni della giurisdizione»; G. Mari, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 136 ss. In dottrina più di recente aderisce all'orientamento inaugurato dalle sezioni unite del 2011, Cass., sez. un., 1 febbraio 2016, n. 1836: «La

In generale non pare aver avuto seguito nella prassi quella tesi che, in una visione condizionata dall'antica concezione del conflitto tra poteri, affermava che tutte le volte in cui la questione attiene all'invasione del giudice della riserva amministrativa si pone un problema di merito, non una questione di giurisdizione ricorribile in Cassazione e nel giudizio con pieno accesso al fatto i casi di ricorso alle sezioni unite per difetto di giurisdizione (*rectius* per eccesso di potere giurisdizionale) sono sempre più frequenti e diventano un'arma per il soccombente tutte le volte in cui il giudice si sia espresso con valutazioni riservate alla pubblica amministrazione²⁵⁷.

In definitiva, si assiste a una progressiva, talvolta indebita, estensione del sindacato ex art. 111, comma 8 Cost. e, così facendo, il giudice ordinario nelle vesti di organo risolutore dei conflitti, per un verso prova a riappropriarsi di materie che ha perso, talvolta considerando come eccesso di potere l'esercizio da parte del giudice speciale di una competenza legittima, per altro verso tenta, quantomeno astrattamente, di porre un freno alle tendenze del giudice amministrativo di varcare qualsivoglia limite imposto alla sua giurisdizione.

Il ragionamento potrebbe così essere concluso, ma si ritiene opportuno svolgere un'ulteriore breve considerazione.

Se infatti va visto con favore il ruolo della Cassazione quale giudice del controllo nel giudizio sul rapporto con ampio accesso al fatto che si è andato più di recente affermando, anche sotto il profilo della garanzia per la parte soccombente rispetto a un giudice amministrativo sempre più autoreferenziale, d'altro canto riecheggiano le

sentenza del Consiglio di Stato che ordini alla P.A. in sede di ottemperanza di provvedere “ora per allora” malgrado l'impossibilità di svolgere un'istruttoria retroattiva deve essere cassata per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, attesa la totale carenza dei presupposti di emanazione di un legittimo provvedimento di ottemperanza. (Fattispecie relativa al piano di numerazione automatica dei canali televisivi, del quale si era ordinata la rinnovazione “ora per allora” nonostante l'ultimazione “medio tempore” del passaggio dal sistema analogico al digitale)».

²⁵⁷ In dottrina si vedano B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit.; R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, Giappichelli, 2005, 567 secondo cui rientra nei c.d. limiti esterni della giurisdizione «l'ipotesi in cui il giudice amministrativo, in materia attribuita alla propria giurisdizione di legittimità, abbia compiuto un sindacato di merito»; G. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2005, 130, secondo cui tale tesi sarebbe priva di collocazione sistematica, giacché in tal modo si ravvisa uno sconfinamento del giudice amministrativo nelle competenze di un altro potere dello Stato in base ad una valutazione successiva dell'operato dello stesso, e non in via preventiva sulla base della formulazione della domanda, ma troverebbe una base in due elementi: la mancanza del terzo grado di giudizio cassatorio in tale processo e «la vecchia idea della Cassazione che crea le situazioni giuridiche tutelabili davanti al giudice amministrativo»; I. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007, 206 ss. conclude nel senso che non è dato ravvisare un'ipotesi di questione di giurisdizione. Sul tema si veda anche E. Cannada Bartoli, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970; R. Chieppa, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice. Le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al Codice (D. lgs. 15 novembre 2011, n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2012, 520; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, 335; C. Cacciavillani, *La soluzione delle questioni di giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoça, cit., 446.

parole di quell'autorevole dottrina che in tempi non sospetti ammoniva dal rischio di «vedere una questione di giurisdizione dappertutto»²⁵⁸.

Il paventato rischio non pare così lontano, se si tiene conto di quell'orientamento della Cassazione che ha utilizzato la concezione per così dire “evolutiva” o “dinamica” di giurisdizione e di eccesso di potere giurisdizionale, strumentalizzandola a una pretesa garanzia di accesso alla tutela giurisdizionale, per attribuirsi la funzione ultima di impedire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione e che, pur rimanendo ai margini del ragionamento condotto, ha letteralmente rianimato il dibattito dottrinale in materia.

Si è detto di quell'orientamento della Cassazione che, pur confermando il generale principio dell'insindacabilità ex art. 111, comma 8 Cost. degli *errores in iudicando* o *in procedendo*, riteneva sindacabile la sentenza abnorme, anomala, frutto di uno «stravolgimento» così «radicale» del quadro normativo di riferimento da comportare un sostanziale «diniego di giustizia»²⁵⁹.

La questione, ancorché non correttamente impostata, non ha preoccupato anche perché è rimasta più teorica che pratica e le sezioni unite, al di là dell'affermazione di principio del proprio sindacato, non ne avevano fino a tempi recenti fatto concreto esercizio. Negli ultimi tempi, invece, paiono mettere in atto quell'interpretazione evolutiva e dinamica del concetto di giurisdizione²⁶⁰, che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca e in più occasioni hanno ritenuto di trovarsi proprio di fronte a quei casi “estremi” di «radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento», come interpretate dalla Corte di Giustizia²⁶¹ e ad asseriti errori *in iudicando* o *in procedendo* particolarmente qualificati, tali «da ridondare in manifesta denegata

²⁵⁸ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 170.

²⁵⁹ Cass., sez. un., n. 30254/2008, cit.

²⁶⁰ Sul tema si veda A. Barone, *Un caso estremo di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione europea*, in *Il Processo*, 2018.

²⁶¹ Parla di «nomofiliachia oltre i confini» A. Barone, *Nomofiliachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss.

giustizia»²⁶². È quindi intervenuta la Corte costituzionale²⁶³, che ha negato la compatibilità della nozione di giurisdizione dinamica «con la lettera e lo spirito della norma costituzionale», escludendo in maniera netta ogni interpretazione evolutiva o soluzione intermedia che renda possibile il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici speciali per violazioni di legge non riconducibili alla nozione di

²⁶² Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242: «In sede di controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione, che l'art. 111 Cost. affida alla Corte di cassazione, non spetta a quest'ultima una funzione di verifica finale della conformità delle sentenze del Giudice amministrativo al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, 3° comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Fa eccezione il caso in cui ricorra uno di quei "casi estremi" in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia. Pertanto, va cassata con rinvio la sentenza del Consiglio di Stato che abbia dichiarato inammissibile il ricorso sulla base di un'interpretazione in palese contrasto con il diritto europeo, affinché la questione venga riesaminata alla luce di quest'ultimo»; Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226: «Non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori "in procedendo" o "in iudicando", ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia». Si vedano anche Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 953; Cass., sez. un., 8 luglio 2016, n. 14042; Cass., sez. un., 29 febbraio 2016, n. 3915.

²⁶³ L'intervento della Corte Costituzionale è stato occasionato da Cass., sez. un., ord. 8 aprile 2016, n. 6891, che ha rimesso la q.l.c. dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, incidentalmente affermando di aderire all'orientamento evolutivo in materia: «ad avviso del Collegio la situazione in questione rientra in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in indicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno».

giurisdizione in senso stretto²⁶⁴. La questione sembrava chiusa²⁶⁵ e le sentenze immediatamente successive sembravano essersi definitivamente adeguate alla presa di posizione della Corte costituzionale escludendo il riferimento all'ipotesi estrema del contrasto con il diritto sovranazionale²⁶⁶, se non che più di recente le sezioni unite

²⁶⁴ Corte Cost. 18 gennaio 2018, n. 6: «L' "eccesso di potere giudiziario", denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento". Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive. Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda. Ne consegue, nel caso di specie, l'inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo».

²⁶⁵ Tra i commenti della sentenza si vedano A. Police, F. Chirico, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella *giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.; Id., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, cit.; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss. Si vedano anche M. Branca, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 23 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521 ss.; F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.; F. Deodato, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it.

²⁶⁶ Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 19283: «Il ricorso è inammissibile alla stregua delle considerazioni svolte dalla citata sentenza n. 6/2018 della Corte cost., che nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, sollevata in relazione all'art. 117 Cost., comma 1, ha negato in radice che con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'art. 111 Cost., comma 8, contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, possano censurarsi anche errores in procedendo o in iudicando»; Cass., sez. un., 19 dicembre 2018, n. 32773: «La negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del giudice amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il "proprium" della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione»; negli stessi termini si vedano anche Cass., sez. un., 9 novembre 2018, n. 28652; Cass., sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32622; Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13243; Cass., sez. un., 19 novembre 2019, n. 29085; Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460.

hanno chiesto in via pregiudiziale l'intervento interpretativo della Corte di giustizia perché «la compatibilità di suddetto orientamento con il diritto dell'Unione, e dunque la sua vincolatività per le sezioni unite, è dubbia»²⁶⁷ e la questione è stata così inopportunamente riaperta e rimessa all'interpretazione di un giudice ulteriore²⁶⁸.

Detto dibattito che non poteva non essere almeno menzionato per la sua attualità, per ragioni sintesi non può essere approfondito *funditus* e rileva nella misura in cui è del tutto sintomatico del tentativo quasi ostinato delle sezioni unite di voler estendere i propri poteri attraverso un'interpretazione estensiva dei «motivi inerenti la giurisdizione», ma si ritiene che quegli stessi poteri non possano essere senza limiti²⁶⁹.

²⁶⁷ Cass., sez. un., ord., 18 settembre 2020, n. 19598: «Vanno rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del trattato FUE, i quesiti pregiudiziali concernenti (a) la conformità al trattato della esclusione del ricorso per cassazione contro sentenze del Consiglio di Stato che risultino confliggenti con il diritto dell'Unione, (b) la conformità al trattato della esclusione del ricorso per cassazione contro sentenze del Consiglio di Stato che abbiano deciso vertenze rilevanti per l'applicazione del diritto dell'Unione, omettendo senza ragione il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e (c) la conformità ai principi del diritto dell'Unione affermati dalla Corte di giustizia dell'orientamento accolto dal Consiglio di Stato sulla carenza di legittimazione dell'impresa esclusa a contestare l'esito della gara».

²⁶⁸ Hanno espresso posizioni critiche F.G. Scoca, *Relazione al webinar "L'assetto pluralistico delle giurisdizione tra Costituzione e diritto dell'Unione europea"*, 29 gennaio 2021 secondo cui l'ordinanza sarebbe inopportuna, in primo luogo perché si consente a un giudice che non è nazionale di fare l'arbitro su una contesa che riguarda due nostri giudici di vertice, in secondo luogo perché determina un'ulteriore incertezza sul giudizio di giurisdizione; A. Travi, *Relazione al webinar "L'assetto pluralistico delle giurisdizione tra Costituzione e diritto dell'Unione europea"*, 29 gennaio 2021. L'intervento della Corte di Giustizia era stato peraltro espressamente escluso da Cass., sez. un., 8 luglio 2016, n. 14042: «Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omissis dal Consiglio di Stato, non può essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la corrispondente decisione, spettando ad esse solo di vagliare il rispetto, da parte del primo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi». Si vedano in dottrina M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *giustiziainsieme.it*; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *foroitaliano.it*; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *questionegiustizia.it*; S. Barbareschi, L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598. Con postilla a commento di B. Caravita*, in *federalismi.it*, 2020, 30; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020, 32.

²⁶⁹ Corte Cost., 12 marzo 1977, n. 77 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 30 legge del 6 dicembre 1971, n. 1034, ha affermato che «deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione. La conferma di ciò è nella circostanza che perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione; e ad analogo principio, conforme a Costituzione, si ispira l'art. 386 cod. proc. civ. (applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell'art. 362, comma primo, cod. proc. civ.) disponendo che «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

Se così non fosse, ci si troverebbe di fronte a una *impasse*, perché si finirebbe per violare quelle stesse regole di riparto che giustificano la previsione di un sindacato sulla giurisdizione e il giudizio sulla giurisdizione strumentalizzato per fini che senza dubbio vanno garantiti, ma ad esso del tutto estranei e si giungerebbe, come affermato di recente in dottrina, ad «autentici pastrocchi», con «un giudice “amministrativo” che applica il diritto “civile” della responsabilità ed un giudice “civile”, nella veste di giudice della giurisdizione, che si intromette a piene mani negli affari di diritto “amministrativo”»²⁷⁰.

Se, dunque, si vogliono immaginare i possibili approdi futuri, “risolto” il problema dell’eccesso di potere giurisdizionale e dei limiti del potere del giudice amministrativo, il problema successivo, in un futuro che pare non essere neanche così lontano, potrebbe essere quello dell’eccesso di potere dello stesso giudice deputato a sindacare sull’eccesso di potere giurisdizionale nell’ottica di un adeguato controllo tra poteri.

Che poi la Cassazione debba da sola limitarsi ad esercitare le sue attribuzioni, che debba essere sollevato il conflitto di attribuzioni²⁷¹ davanti alla Corte costituzionale ai sensi dell’art. 134 Cost.²⁷², o che debba essere creato un nuovo caso di revocazione ai sensi dell’art. 395 c.p.c., come peraltro già auspicato nel caso di sopravvenienza di una

²⁷⁰ Così M. Mazzamuto, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1714.

²⁷¹ Secondo alcuni l’art. 134 Cost. pone un principio valevole anche nel caso di un contrasto tra organi giurisdizionali e amministrazione perché anche in tal caso vi è un conflitto di poteri; in tal senso già A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1364 ss.; *contra* coloro che insistono sull’antica tesi dell’inconfigurabilità di un conflitto tra autorità giudiziaria e amministrazione. Tra questi E. Redenti, *Il conflitto di attribuzioni nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 247 ss. Secondo M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 178 «non resta che configurare il “conflitto” come contrasto sulla possibilità in astratto del sindacato giurisdizionale su di una potestà amministrativa e la funzione della Corte come un accertamento, sempre in astratto, della spettanza del potere, con esclusione dell’annullamento di atti concreti».

²⁷² Sul tema V. Caianiello, *L’ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, cit. Auspica l’intervento della Corte Costituzionale M. Mazzamuto, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1703 secondo cui «non vi è dubbio che la seconda via – quella del conflitto di attribuzioni – sia quella da preferire, non fosse altro perché in materia, è decisiva l’interpretazione della disciplina costituzionale, ed in particolare dell’art. 111 Cost., sicché è del tutto naturale che la querelle trovi composizione in quella sede». Sul tema si veda anche A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss. 1131 che esprime l’esigenza di un superamento dell’attuale sistema di pluralità delle giurisdizioni, ma sostiene che a tale superamento non possa giungersi senza una riforma costituzionale; Id., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, CXLIII, 109 ss.; A. Police, F. Chirico, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.: «la Corte Costituzionale, come ogni Istituzione, non dovrebbe essere chiamata a svolgere un “mestiere” che non le è proprio (...) Nella sentenza si legge indirettamente il monito a non “usare” la Consulta nelle dispute su “brandelli della giurisdizione”, anche perché in realtà questo modo di utilizzare la Consulta e di utilizzare anche il rimedio dei motivi di giurisdizione ha creato fastidio nei cittadini e negli utenti del servizio giustizia, che non possono veder tirati in ballo i loro diritti e i loro interessi per far discutere i giudici sul perimetro delle loro attribuzioni giurisdizionali».

decisione contraria delle corti sovranazionali²⁷³, è altro problema, che come già detto esula dalla presente analisi.

Ma il vero rischio è che si assista – e a ben vedere già si assiste – a un nuovo “balletto tra giurisdizioni” e poteri, del tutto inopportuno sia per un adeguato controllo del potere del giudice amministrativo, sia, più in generale, per l’effettività della tutela e del giusto processo.

²⁷³ Sul tema A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un’analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 646 ss. Si vedano altresì, in una prospettiva di diritto costituzionale, R. Conti, *L’esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consultaonline.it*, 2017, II; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consultaonline.it*, 2017, III; G.V.A. Petralia, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista AIC*, 2017, 4.

CAPITOLO TERZO

L'ISTRUZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SUL FATTO: OBBLIGHI ISTRUTTORI E MEZZI DI PROVA

SOMMARIO: 1. Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela. – 2. L'istruttoria processuale *oltre* l'istruttoria procedimentale. – 3. L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice? – 4. L'attualità del metodo acquisitivo. – 5. (Segue): i limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione. – 6. I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento? – 7. La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto. – 8. Attualità della distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio. – 9. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto.

1. Dall'istruzione probatoria tra conoscenza del fatto e effettività della tutela alla conoscenza del fatto tra istruzione probatoria e effettività della tutela

Riprendendo la premessa da cui è mossa l'analisi, si deve osservare che il tema del fatto nel processo amministrativo in un'ottica di tutela piena ed effettiva non può essere compiutamente affrontato se non occupandosi anche dell'istruzione probatoria. Si è anticipata la rilevanza che l'istruttoria ha nell'accesso del giudice al fatto e nella sua adeguata conoscenza e si è rilevato come anche storicamente il legislatore abbia attribuito più ampi poteri istruttori al giudice proprio in quelle materie caratterizzate da una pretesa conoscenza completa dei fatti. Nel quarto Capitolo verrà evidenziato come, almeno a parere di chi scrive, l'istruttoria costituisce una fase addirittura indispensabile per l'acquisizione in processo, peraltro sempre più frequente a fronte della crescente pervasività della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione, di elementi tecnici complessi. Per quanto si dirà nell'ultima parte dell'analisi vi sono materie nelle quali continua a prevalere un atteggiamento di eccessiva ritrosia del giudice, che reduce dal passato tende ancora a privilegiare acriticamente la ricostruzione dei fatti espressa nel provvedimento impugnato dall'amministrazione resistente²⁷⁴, ma detta circostanza non è sufficiente per

²⁷⁴ Già M. Nigro, *Problemi del nuovo processo amministrativo*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1281 ss., spec. 1289 parlava di «disparità di trattamento tra le varie materie», rilevando che: «se si facesse effettivamente l'analisi della giurisprudenza si riscontrerebbe che il giudice amministrativo non è sempre così restio, come normalmente si ritiene, a rivedere il giudizio di fatto (...) succede che il giudice amministrativo, il quale di solito si ferma davanti all'accertamento e alla rivalutazione dei fatti, nel settore economico – delle autorizzazioni per esempio (licenze commerciali, autorizzazione all'esercizio di autolinee) – valica questi confini e penetra piuttosto profondamente nel territorio del fatto. (...) Ora con quali strumenti potrà verificare i fatti, se non dispone di adeguati mezzi istruttori?».

rassegnarsi al fatto che tendenzialmente «l'istruttoria non s'ha da fare»²⁷⁵, e, anzi, è la ragione, per cui non si può prescindere da un esame delle sue problematiche.

Il dato da cui si deve partire è il collegamento a cui si è accennato tra istruzione probatoria, conoscenza del fatto ed effettività della tutela²⁷⁶.

Non vi è autore tra quelli che si sono occupati del tema che abbia negato, almeno in linea di principio, la relazione tra istruzione e cognizione del fatto²⁷⁷, tanto che la

²⁷⁵ Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 7 ss.

²⁷⁶ L.R. Perfetti, *Prova*, in *Enc. dir., Annali*, II- 1, Milano, Giuffrè, 2008, che rileva il rapporto di strumentalità tra disponibilità del mezzo di prova, pienezza della cognizione del fatto e protezione costituzionale del diritto di azione; sul tema anche se in relazione al processo civile M. Taruffo, *Prova giuridica*, in www.treccani.it, 1997: «La disciplina procedimentale della prova presenta alcuni aspetti che hanno grande rilevanza sotto il profilo delle garanzie costituzionali. Un aspetto molto importante consiste appunto nel considerare il fenomeno della prova in chiave garantistica. Il punto di riferimento fondamentale è costituito dai commi 1 e 2 dell'art. 24 della Costituzione, che prevedono rispettivamente la garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale e la garanzia della difesa. Questa prospettiva conduce alla formulazione di due principi fondamentali, strettamente connessi, che attengono alla prova nel processo: il primo va sotto il nome di diritto alla prova; il secondo va sotto il nome di principio del contraddittorio nell'istruzione probatoria. Il diritto alla prova viene considerato come un aspetto fondamentale delle garanzie della tutela giurisdizionale e della difesa: la possibilità di “difendersi provando” è strumento essenziale per chi intenda far valere un proprio diritto nel processo, e per chi sia chiamato a difendersi nel processo, civile o penale»; G. Verde, *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 579 ss.

²⁷⁷ La bibliografia sul tema è amplissima. Oltre ai lavori monografici sul tema, tra cui si vedano F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit.; G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit.; L. Bertozzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano editore, 1963, 374 ss.; tra i tanti contributi si ricordano F. Benvenuti, *Istruzione del processo. Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 204 ss.; C.E. Gallo, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 8 ss.; Id., *L'istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2003, 3333 ss.; L. Migliorini, *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.; Id., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 70 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit.; M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 769 ss.; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 ss.; Id., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 201 ss.; A. Travi, recensione a R. Briani, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 514 ss.; Id., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 272 ss.; Id., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1262 ss.; Id., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo*, II, cit., 3 ss.; Id., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 629 ss.; M. Dugato, *L'istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, cit., 181 ss.; F.G. Scoca, *Articolo 63*, cit.; G. Corso, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 2003, 1 ss.; G. Azzariti, *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 5, 1698 ss.; R. Laschena, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Aa. Vv.*, *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, cit., III, 1803 ss.; G. Abbamonte, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, CXXXVI, 679 ss.; P. Stella Richter, *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, 10, II, 416 ss.; F. Saitta, *Inova nell'appello amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, 275 ss.; A. Degli Esposti, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo (a*

migliore dottrina ha parlato a tal proposito di «contenuto minimo dell'istruzione probatoria», per evidenziare che l'istruttoria soddisfa «l'esigenza del giudice di conoscere il materiale di fatto necessario per il suo giudizio»²⁷⁸.

Si è cioè da sempre riconosciuta la strumentalità²⁷⁹, o quantomeno l'indubbia relazione, tra l'istruttoria e l'accesso al fatto²⁸⁰. La limitatezza dei mezzi di prova ammessi nel giudizio di legittimità²⁸¹ è stata così storicamente “giustificata”²⁸² in

proposito di una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana), in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 272 ss.; L.R. Perfetti, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il “metodo acquisitivo”*. Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c., in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, cit., 739 ss.; Id., *Prova*, cit.; G. Tropea, *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I principi dell'attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2020, 248 ss.

²⁷⁸ Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 74;

²⁷⁹ Così sul punto la nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601: «L'esperibilità della consulenza tecnica nel processo del lavoro pubblico, così come successivamente per le materie - edilizia, urbanistica, servizi pubblici - di giurisdizione esclusiva piena, ai sensi dell'art. 35, comma 3, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, è strumentale al più completo accertamento del fatto, accertamento che, per quanto prima detto, deve intendersi comune all'intera giurisdizione di legittimità».

²⁸⁰ Sul tema si vedano anche nella dottrina processualcivilistica G. Chioyenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, 809 ss.; E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936, 331 ss.; C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1914, 7, rileva che «ogni mezzo che può raggiungere lo scopo di dare al giudice la certezza dell'esistenza o dell'inesistenza di un fatto, è un mezzo di prova».

²⁸¹ L'art. 26, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 recante il regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato prevedeva che: «Le sezioni giurisdizionali possono richiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia. Possono pure richiedere che l'amministrazione faccia eseguire nuove verificazioni, fissando il termine entro cui dev'essere depositata la relazione. Le parti sono, a cura dell'amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni». L'art. 44, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 recante il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato prevedeva: «se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica».

²⁸² M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 257 secondo cui «nell'assetto che il legislatore del 1889 ha dato al processo non si tratta di operare una nuova ricostruzione dei fatti, ma «di completare» la ricostruzione operata dall'amministrazione e di stabilire la concordanza e la coerenza, per questo profilo, tra l'atto e l'istruttoria compiuta nel procedimento amministrativo, e cioè tra i vari «momenti» del procedimento stesso»; Id., *Problemi del nuovo processo amministrativo*, cit., 1289 «l'apertura dell'angusto sistema istruttorio deve realizzarsi anche nell'ambito del processo di legittimità (...) c'è chi pensa (ed io sono fra quelli) che il giudizio di legittimità possa essere spinto verso confini che non sono ancora stati toccati e di questo ampliamento di prospettiva è elemento essenziale il guadagno di un maggior dominio sui fatti e quindi l'istituzione di un sistema probatorio più adeguato». Sul tema M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 182 secondo cui «in passato, non è mancato chi ha dubitato delle indefettibilità dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo, affermandone il carattere meramente eventuale, testimoniato dal fatto che esistono casi nei quali la realtà rappresentata dalle parti non è controversa ed in cui il giudice non ha bisogno di alcuna attività di acquisizione dei fatti per decidere. In realtà così non è. La ricostruzione dei fatti e la rappresentazione della realtà sono attività logiche assolutamente indispensabili per poter decidere, anche quando esse possono essere compiute con particolare semplicità e, quindi, anche quando finiscano per risolversi nella sola acquisizione del provvedimento impugnato».

relazione alla limitata esigenza del giudice di conoscere il fatto nella verifica della sussistenza di un vizio di legittimità²⁸³ e, viceversa, tanto nei casi di giurisdizione estesa al merito, quanto nei casi di giurisdizione esclusiva²⁸⁴, caratterizzati da un accertamento più completo dei fatti²⁸⁵, il legislatore aveva previsto più ampi poteri istruttori.

D'altro canto, l'astratta previsione di più ampi mezzi istruttori non è stata di per sé sufficiente a garantire un consequenziale ampliamento dell'accesso del giudice al fatto²⁸⁶ per l'atteggiamento più o meno giustificato, ma generalmente timido assunto fino a qualche anno fa dalla giurisprudenza amministrativa nella conoscenza diretta del fatto²⁸⁷.

²⁸³ Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 14 secondo cui: «l'atteggiamento del Consiglio di Stato era a maggior ragione giustificato tenendo conto del fatto che quel supremo consesso si occupava, all'epoca, soprattutto dell'impugnazione di atti di autorità statali che, in relazione all'articolazione della scala gerarchica e alla necessità che l'impugnazione fosse rivolta verso un atto definitivo, pervenivano all'esame del giudice amministrativo già dopo una reiterata attività valutativa ed istruttoria, compiuta dall'amministrazione (...) cosicché, la necessità di nuovi accertamenti in fatto poteva, obiettivamente, rivelarsi meno frequente, occorrendo, piuttosto, l'individuazione delle soluzioni in diritto».

²⁸⁴ Si veda l'art. 16 legge n. 5992/1889 che, nei casi in cui il giudice decideva sul merito, prevedeva più ampi poteri istruttori: «se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è completa o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'Amministrazione interessata nuovi chiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti». L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, con riguardo alla quinta sezione stabiliva: «La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni». L'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 prevede: «nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura». Con riguardo alla giurisdizione esclusiva più di recente l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 80/1998 ha previsto: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

²⁸⁵ In dottrina tra i molti A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 3 ss., spec. 19 secondo cui «le previsioni di cui al terzo comma dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, nel disporre un notevole ampliamento dei mezzi di prova ammissibili, attribuiscono al giudice amministrativo una cognizione piena sul fatto (...) strumentale alla funzione propria del giudizio di giurisdizione piena che è quella di assicurare la reintegrazione, anche in forma specifica, delle situazioni giuridiche soggettive di cui il ricorrente assume la lesione e quindi, in sostanza di assicurare al ricorrente il conseguimento concreto delle utilità o del bene per il quale agisce in giudizio»; N. Di Modugno, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 13 ss.

²⁸⁶ Sul mancato impiego dei propri poteri istruttori nell'esercizio delle proprie competenze di merito si veda A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

²⁸⁷ Si veda C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 12 che rileva come «la scarsità di interventi in materia istruttoria (...) non può non addebitarsi alla scelta della giurisprudenza, alla volontà del giudice di non utilizzare lo strumentario posto a sua disposizione, o di utilizzarlo con estrema cautela (...) ove si consideri che il Consiglio di Stato non è mai stato un giudice timido,

Se quanto detto è senz'altro utile sotto il profilo ricostruttivo, l'attuale prospettiva sull'istruzione probatoria non può che essere differente, perché, come si è tentato di dimostrare nel secondo Capitolo, insieme con il rapporto tra giudice, amministrazione e potere, è mutato lo stesso atteggiamento del giudice amministrativo rispetto all'accesso al fatto. E poiché l'istruttoria «va inquadrata nel rapporto processuale dalla cui definizione dipende e alla cui definizione concorre»²⁸⁸, nel senso che il modello di istruttoria si atteggia diversamente a seconda del tipo di processo in cui insiste²⁸⁹, non pare che si debba più riflettere sull'istruttoria quale strumento per l'accesso al fatto, perché, definitivamente superati la logica del processo all'atto e la resistenza del giudice a “tribunalizzarsi”²⁹⁰, l'accesso al fatto è oramai pacifico.

Piuttosto è necessario interrogarsi sull'adeguatezza dell'istruttoria in sé, ovvero in senso più ampio sull'attuale sistema di istruzione probatoria nel processo amministrativo, che comporta una riflessione tanto sui mezzi di prova, quanto sui poteri del giudice e delle parti nell'acquisizione del fatto, per poi spostare, se non addirittura invertire, l'angolo di visuale e interrogarsi sull'ammissibilità di un accesso al fatto che seppure non più limitato, diviene forse più problematico rispetto a un sostanziale inutilizzo dell'istruzione.

Per utilizzare altre parole, potrebbe dirsi che il problema non è più l'istruzione probatoria *per* la conoscenza del fatto, bensì la conoscenza del fatto *nell'*istruzione probatoria.

Se l'accesso del giudice amministrativo al fatto non solo è pacifico, ma è penetrante a tal punto da giungere in alcuni casi addirittura a un sostanziale rifacimento del procedimento in processo e se il legislatore ha previsto gli strumenti adeguati per conoscerlo, l'ultima considerazione che può apparire provocatoria se confrontata con la prassi giurisprudenziale, anche più recente, che, al di là di timide aperture, pare conoscere il fatto a prescindere dall'istruzione dell'affare, diviene evocativa in risposta all'altrettanto imprescindibile esigenza di effettività della tutela²⁹¹.

avendo piuttosto atteggiamenti pretori (...) Il diverso atteggiamento della giurisprudenza è, evidentemente, nel caso di specie, indice di una valutazione particolare».

²⁸⁸ Così F. Benvenuti, *Istruzione del processo amministrativo*, cit. secondo cui «l'istruzione subisce inevitabilmente i limiti del tipo di processo in cui insiste», ovvero nell'ambito del processo amministrativo e dello stesso metodo acquisitivo, con riguardo all'allora diversa ampiezza dell'apparato istruttorio e del novero delle prove consentite nella giurisdizione di legittimità e di merito, «il punto di riferimento non è più né il tipo di processo né la struttura del processo bensì l'ampiezza del potere del giudice in ordine all'oggetto del giudizio».

²⁸⁹ Così F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 178 secondo cui «la struttura fondamentale del sistema istruttorio adottato in ogni processo deve essere in accordo con la particolare natura di quel processo».

²⁹⁰ L'espressione è di V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, cit., 264 che costata che l'atteggiamento del giudice verso l'istruttoria è sempre stato diffidente «essenzialmente per il timore di una eccessiva tribunalizzazione» ed auspica il superamento di quella «barriera alla conoscenza del fatto che il giudice amministrativo, in specie mediante un'autolimitazione all'istruttoria documentale, s'è imposto».

²⁹¹ Sul rapporto tra mezzi istruttori e «diritto d'azione» A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; in particolare sotto il profilo del controllo giurisdizionale

Non si ha ovviamente la pretesa di invocare l'effettività della tutela per fondare «soluzioni che non sono per nulla nella legge o per introdurre, nell'interpretazione degli istituti, contenuti soggettivi ed estranei alla disciplina del processo amministrativo»²⁹². Come si cercherà di dimostrare nel proseguo, tutto è nel codice del processo amministrativo e non pare che sotto il profilo dell'istruttoria ci sia nulla di nuovo da introdurre, ma l'indagine si spiega nella prospettiva dell'effettività della tutela. Se l'obiettivo anche del processo amministrativo è quello della «ricerca della verità»²⁹³ in un'ottica di effettività della tutela²⁹⁴, come già auspicato agli inizi degli anni Novanta quando ancora si ragionava sulle prospettive e sulle trasformazioni di un processo all'atto²⁹⁵, pare che dall'istruttoria (*rectius* dall'istruzione probatoria²⁹⁶)

della discrezionalità tecnica tra i molti Id., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit.; Id., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439 ss.; S. Mirate, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, 2402 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 6, 2251 ss.

²⁹² Così A. Travi, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in Aa. Vv., *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti, M. Clarich, Pisa, ETS, 2010, 51 ss.

²⁹³ L'espressione è di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 81 che rileva che «non si può considerare compiuta quell'istruzione che non ha rappresentato secondo verità o sufficientemente quegli elementi su cui si fonda l'affermazione o, in altre parole, che l'istruzione, in quanto è far conoscere, non è perfetta se non nel momento in cui quel far conoscere è divenuto una rappresentazione della realtà, sufficiente a suffragare il giudizio di verità sull'affermazione».

²⁹⁴ Sul tema si veda M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.; G. Abbamonte, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996, I 37 ss.; G. De Giorgi Cezzi, *Giudice amministrativo e tutela praeter legem del cittadino*, in *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*. Atti del Convegno. Lecce, 21-22 novembre 1997, a cura di E. Sticchi Damiani, Milano, Giuffrè, 1998, 113 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 39 secondo cui «l'effettività è infatti fortemente attenuata dove c'è una "cognitio debole", e trova la sua migliore garanzia soltanto grazie ad una cognizione piena che si fonda su di un esame compiuto dei fatti posti a base della decisione del giudice e su di una valutazione dell'atto amministrativo (ove esistente) come epilogo di un'azione amministrativa improntata ai principi di buon andamento ed imparzialità».

²⁹⁵ Così M. Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. Mazzaroli, Padova, Cedam, 1990, 17 ss.: «nella prospettiva di una trasformazione sostanziale del processo nel senso auspicato, e prefigurato dalla riforma, un ruolo essenziale riveste la piena conoscenza del fatto. Ciò in quanto l'accertamento dei fatti è lo strumento mediante il quale il giudice può limitare il potere dell'Amministrazione dopo il giudizio e che può condurre, se non ad assicurare l'utilità connessa alla pretesa sostanziale azionata, quantomeno a rendere più stringente la regola di condotta futura della stessa Amministrazione. La trasformazione del giudizio di annullamento in giudizio ordinatorio dipende quindi in larga parte dalla profondità di penetrazione del giudice nella zona del fatto».

²⁹⁶ Come rileva M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 181: «l'istruzione in senso ampio, dunque, prima ancora che una fase del processo rappresenta un procedimento logico, il cui oggetto non si riduce alla semplice raccolta degli elementi di fatto e della prove in merito a ciò che le parti affermano sussistere od essere accaduto, ma comprende anche l'iter logico di analisi di quegli elementi e di quelle prove ed il ragionamento giuridico che, analizzando attraverso le norme gli elementi di fatto e le prove, conduce il giudice a formare il proprio convincimento. Nell'istruzione in senso ampio assumono peraltro un rilievo determinante le operazioni di acquisizione dei fatti e degli elementi materiali su cui

non si possa più acriticamente prescindere²⁹⁷. In un processo con pieno accesso al fatto la crescente esigenza di effettività della tutela giurisdizionale non pare più potersi accontentare di trovare una sintesi in una relazione tra fatto e istruttoria che, ancorché indubbia, continua il più delle volte a rimanere sulla carta.

In definitiva, accanto alla consapevolezza che l'accesso al fatto è fondamentale per redigere una sentenza "giusta"²⁹⁸, nel processo con accesso al fatto pare sia giunto il momento di acquisire anche la consapevolezza che l'istruzione «si deve sempre fare quando occorre»²⁹⁹.

2. L'istruttoria processuale *oltre* l'istruttoria procedimentale

Nel secondo Capitolo quando si è affrontato il tema del fatto nel processo amministrativo si è altresì accennato al mutato rapporto tra istruttoria procedimentale e istruttoria processuale. Di quel mutato rapporto occorrerà ora delinearne i tratti fondanti, trattandosi di premessa necessaria per l'analisi tanto dei doveri istruttori delle parti e dei rispettivi poteri istruttori del giudice, quanto dei mezzi di prova.

In quello che si è definito un *continuum* tra procedimento e processo, la fase, più o meno delimitata nel tempo, dell'istruzione probatoria rappresenta, infatti, il secondo

si compie il ragionamento logico e su cui si fonda il convincimento che dà origine alla decisione. Questo procedimento viene definito come istruzione probatoria ed è tradizionalmente rappresentato come il complesso delle attività che le parti ed il giudice pongono in essere per giungere ad una completa rappresentazione della realtà rilevante per il processo e per la decisione». Si veda sul tema anche G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, 24 che rileva come «al termine "istruttoria" sono solitamente correlati tre significati: (...) per indicare l'attività di ricerca ed acquisizione degli elementi di fatto sui quali debbono fondarsi le domande introduttive di giudizio (...) attività di verifica degli elementi dedotti dalle parti al fine di pervenire alla definizione del giudizio (...) distinta "fase" della vicenda processuale, compresa tra la fase introduttiva del giudizio e quella decisoria».

²⁹⁷ Tra i molti C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3334 secondo cui: «non è ipotizzabile che in un processo, e cioè in un procedimento che deve giungere davanti ad un soggetto imparziale alla soluzione di una questione giuridica concreta, si possa escludere l'esigenza di un'attività istruttoria, e cioè di un'attività volta all'accertamento dei fatti: l'accertamento dei fatti, come si è detto, è infatti un elemento ineliminabile del giudizio».

²⁹⁸ Così F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.

²⁹⁹ M. Nigro, *Linee per una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss. ora anche in Id., *La riforma del processo amministrativo*, cit., 109 ss., spec. 129, rileva che quanto ai mezzi di prova ammissibili «per questa parte, riforme radicali sembrano indispensabili»; Id., *Problemi del nuovo processo amministrativo*, cit., 1289 che tra «i punti qualificanti» di un serio disegno riformatore del processo amministrativo individua l'istruzione probatoria, rilevando che «ora con quali strumenti esso – il giudice amministrativo – potrà verificare i fatti, se non dispone di adeguati mezzi istruttori?»; C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3334 secondo cui: «non è ipotizzabile che in un processo, e cioè in un procedimento che deve giungere davanti ad un soggetto imparziale alla soluzione di una questione giuridica concreta, si possa escludere l'esigenza di un'attività istruttoria, e cioè di un'attività volta all'accertamento dei fatti: l'accertamento dei fatti, come si è detto, è infatti un elemento ineliminabile del giudizio».

momento di acquisizione e di ricostruzione dei fatti³⁰⁰, perché già nel procedimento l'amministrazione compie le attività volte alla verifica della situazione fattuale³⁰¹, attraverso l'acquisizione di documenti, dati e dichiarazioni, ovvero nei casi di fatti complessi di natura tecnica di pareri (su cui vedi *infra* Capitolo quarto), attraverso l'effettuazione di accertamenti tecnici, la disposizione di ispezioni e richieste istruttorie³⁰².

È passato più di mezzo secolo da quando Feliciano Benvenuti con dire quasi profetico invocava un processo di parti in cui l'istruttoria procedimentale era separata da quella processuale³⁰³, in un tempo in cui il problema della commistione tra le due fasi non era avvertito come tale³⁰⁴ e, anzi, per il fatto che un'istruzione era già compiuta in procedimento, si mortificava, seppure ingiustamente, l'utilità di un'ulteriore istruzione in processo, fino a negarne da parte di alcuni l'esistenza³⁰⁵. Nel processo sull'atto il giudice sostanzialmente accoglieva la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione che trovava una sintesi nel provvedimento e non si

³⁰⁰ Sulla ripartizione in fasi del procedimento amministrativo si veda A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 80; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 569 ss. che ripartisce il procedimento in tre fasi: fase preparatoria, fase costitutiva e fase di integrazione dell'efficacia e nell'ambito della fase preparatoria distingue «diversi (possibili) stadi (o sottofasi): quello dell'iniziativa, quello dell'istruttoria, quello predecisorio, quello della determinazione del contenuto dell'emanando atto "principale"»; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., II, 111 ss. secondo cui le fasi sono le seguenti: a) di iniziativa; b) di istruttoria, in cui intervengono; c) di decisione; d) di integrazione; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi, 2005, 531 ss., spec. 584 ss.; in ordine al valore di tale descrizione si veda in particolare S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, 311 ss.

³⁰¹ Secondo M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 120: «l'istruttoria del processo amministrativo differisce da quella del processo, in quanto non ha per oggetto l'acquisizione di prove ai fini dell'accertamento di un fatto, ma ha un oggetto molto più ampio e complesso, costituito dall'acquisizione al procedimento degli interessi da valutare e, strutturalmente, nella raccolta degli elementi che servano alla valutazione degli interessi stessi».

³⁰² Sul tema tra i molti si veda F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 363 ss.; R. Perez, *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, II, 623 ss.; D. Bortolotti, *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 103 ss.; M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; V. Cerulli Irelli, *Il procedimento amministrativo*, in Id., *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 332 ss.

³⁰³ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 162.

³⁰⁴ Parla di «tempo di Feliciano Benvenuti» A. Pajno, *Benvenuti e il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 5 ss. che nel ricordare Benvenuti al centenario dalla sua nascita rileva come «il tempo di Feliciano non è, pertanto quello del suo presente ma (...) quello del futuro, di quel futuro che è il nostro presente».

³⁰⁵ E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, 249 ss., secondo cui «nella maggior parte dei casi, le prove fornite dalle parti sono sufficienti all'istruzione della causa»; *contra* tra i molti C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 90 secondo cui «in ogni processo l'istruzione è indispensabile (...) il che significa che mai è assente la fase dell'istruzione come mai è assente la fase della trattazione (...) in realtà, può darsi che in un determinato tipo di giudizio, stante il comportamento delle parti in causa e il tipo di controversia trattata, l'una o l'altra questione possano assumere un rilievo più ridotto, o addirittura un rilievo minimo (...) la verifica della situazione di fatto, in relazione alla quale la domanda viene proposta, è comunque sempre indispensabile».

poneva in concreto la necessità di acquisire fatti ulteriori e “fuori dal processo”³⁰⁶, di cui le parti si erano servite nella loro istruzione primaria³⁰⁷ e il procedimento diveniva per così dire un «diaframma»³⁰⁸ per separare il giudice dalla conoscenza diretta dei fatti.

Quelle preoccupazioni ritrovano, seppure in termini diversi, una rinnovata attualità nel processo dei giorni nostri, in cui il giudice, per quanto già si è rilevato nel secondo Capitolo, pare spesso andare *oltre* la stessa istruttoria procedimentale.

Con l’affermarsi del giudizio sul rapporto, pur rimarcando la sostanziale diversità per funzione e per oggetto tra istruttoria procedimentale e processuale, se n’è sottolineata l’inevitabile connessione³⁰⁹.

D’altronde il fine del processo non è più la mera verifica della corrispondenza tra norma e fatto per come rappresentato nel provvedimento, che a volte manca, ma anche quando esistente, la sua illegittimità è di frequente l’effetto di comportamenti tenuti dalle parti durante il procedimento, di errori o lacune compiuti durante l’istruttoria procedimentale, con la conseguenza che non può imporsi al giudice di dare per acquisita la ricostruzione dei fatti compiuta dall’amministrazione. Il giudice

³⁰⁶ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 149: «il principio dell’uguaglianza sostanziale delle parti davanti al giudice, come importa che la disposizione dei fatti secondari spetti fuori del processo solamente alle parti e non anche al giudice, così importa che nel processo siano solamente le parti a compiere quel primo atto dell’introduzione dei fatti che consiste nella loro indicazione. Sono infatti soltanto le parti che, essendo a conoscenza dei fatti fuori dal processo (quei fatti di cui si sono servite nella loro istruzione primaria), possono provvedere a farli valere, e si intende come fatti secondari, nel processo: mentre rimane necessariamente limitata la possibilità per il giudice di conoscere altri fatti, oltre quelli introdotti dalle parti: i quali sono perciò gli unici fatti di cui ci si può avvalere nell’istruzione».

³⁰⁷ La distinzione tra attività di istruzione primaria e attività di istruzione secondaria è stata elaborata sempre da F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, cit., 72 ss. secondo cui «primaria» è l’istruzione compiuta dal ricorrente, «fuori e prima del processo», «di cui egli può talora avvalersi nel processo, e nel cui corso egli tende a conoscere gli elementi su cui fondare, o meglio, da cui ricavare l’affermazione»; cui fa seguito l’attività istruttoria «secondaria», definita come «l’insieme delle attività dirette a rappresentare nel processo quella realtà che le parti hanno già conosciuto per pervenire alle loro affermazioni, e che il giudice deve conoscere per pervenire alla sentenza su quelle affermazioni»; L. Migliorini, *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, cit., distingue ulteriormente sotto il profilo soggettivo tra istruzione primaria, svolta dal privato al di fuori del processo, istruzione preparatoria svolta dal giudice sin dalla prima udienza fino al momento in cui la causa non viene rimessa al Collegio per la decisione, cd. istruzione vera e propria, svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti.

³⁰⁸ Così A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 279 secondo cui «una conclusione del genere però non convince. Il provvedimento amministrativo che si basa su un’erronea rappresentazione dei fatti materiali è viziato, indipendentemente da ogni considerazione circa l’adeguatezza o meno dell’istruttoria procedimentale che lo ha preceduto. Sostenere che non sia consentita al giudice la cognizione diretta dei fatti significa escludere, in pratica, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti di alcune tipologie di vizi dell’atto amministrativo».

³⁰⁹ Così tra i molti M. Dugato, *L’istruttoria*, cit., 181, secondo cui «l’istruttoria procedimentale e l’istruttoria processuale sono, da un lato, distinte per funzione e per oggetto; dall’altro, inevitabilmente intrecciate l’una all’altra (...) la progressiva trasformazione del processo amministrativo in processo sul rapporto, la pubblicità dell’istruttoria procedimentale, la partecipazione del privato al procedimento e la recente complicazione strutturale del procedimento fanno dunque, oggi più che in passato, dell’istruzione processuale un’istruttoria sull’istruttoria procedimentale».

cioè non può non tener conto di quanto avvenuto prima e, seppure il problema si sia spostato su chi debba/possa introdurre i fatti, primari e secondari, nel processo, non si può negare che l'istruttoria processuale sia un'istruttoria *sull'*istruttoria procedimentale³¹⁰.

Un siffatto ragionamento poteva ritenersi rappresentativo dell'atteggiamento del giudice fino a qualche anno fa, ma oggi non pare esaustivo, perché a volte il legame tra istruttoria procedimentale e processuale è tale che il giudice va addirittura oltre con tutte le problematiche, prima tra tutte quella dell'invasione del giudice nel campo delle valutazioni riservate all'amministrazione, di cui si è tentato di dare atto nel secondo Capitolo.

D'altro canto, se così non fosse, non si spiegherebbero norme come l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. Se il giudice dovesse infatti limitarsi a verificare quanto avvenuto in procedimento, in molti casi non si riuscirebbe a convincere che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Solo ammettendo che possano essere introdotti in giudizio fatti nuovi (che cosa avrebbe osservato, prodotto in procedimento il privato per indurre l'amministrazione ad adottare un provvedimento diverso), ovvero, in altri termini, consentendo al giudice di rifare in processo l'istruttoria procedimentale³¹¹, si giunge all'accertamento della fondatezza della pretesa.

E così, ancorché non certo nel senso auspicato da Benvenuti, la «separazione» tra istruttoria procedimentale e processuale ritrova una sua attualità, perché superata la concezione della necessaria mediazione dell'istruttoria procedimentale nel processo³¹², pare assistersi a un sia pur accidentato, forse inavvertito, ritorno al passato in cui il giudice amministrativo, superate le resistenze a “tribunalizzarsi”, torna ad “amministrativizzarsi” e, in alcuni casi, non resiste alla suggestione di spingere il sindacato sul fatto così a fondo da rifare l'istruttoria in processo.

³¹⁰ Sul rapporto tra istruttoria procedimentale e processuale tra i molti si veda anche G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 263 secondo cui occorre abbandonare l'idea che «l'attività istruttoria da compiere nel processo amministrativo si modelli su quella già effettuata in sede di procedimento amministrativo e ne rappresenti, per così dire, una riedizione (peraltro limitata ed eventuale). Le due istruttorie secondo tale visione, sarebbero speculari, l'una prevista per un controllo interno dell'amministrazione circa i vari elementi da valutare e l'altra per un riscontro esterno (...) istruttoria giurisdizionale = istruttoria procedimentale – i fatti che non costituiscono oggetto di censura».

³¹¹ In tal senso M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.

³¹² Sul tema si veda anche G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, cit., 265 ss. che rileva che «la concezione che richiedeva una mediazione necessaria dell'istruttoria procedimentale rispetto al processo è stata il riflesso di un modo superato di intendere l'oggetto del giudizio. Questa mediazione è stata assunta in termini di consequenzialità rispetto all'interpretazione cassatoria del processo amministrativo come mera rivisitazione del procedimento».

3. L'allegazione dei fatti nel giudizio sul fatto: onere della parte o potere del giudice?

Le conseguenze dell'ultima considerazione svolta sul modello di istruzione probatoria sono di tutta evidenza e, nella valutazione dell'adeguatezza del sistema delineato dal codice del processo amministrativo, portano primariamente a interrogarsi sul rapporto e sul ruolo delle parti e del giudice nella affermazione e rappresentazione dei fatti rilevanti ai fini del decidere.

Tradizionalmente, infatti, si sono distinti il momento dell'allegazione e il momento della prova, e, configurato il processo amministrativo come processo di parti, si è riservata alle parti l'individuazione degli elementi e dei fatti da provare e si sono attribuiti al giudice poteri istruttori ufficiosi per acquisire la certezza in ordine alla sussistenza dei fatti.

L'attenzione si è peraltro fino ad ora concentrata più sul momento della prova che su quello dell'allegazione, un po' per la maggiore delicatezza del primo, un po' per la tendenziale scarsa rilevanza che fino a qualche anno fa è stata data nel processo amministrativo al fatto. Così facendo, per un verso, nel costante raffronto del processo amministrativo con quello civile³¹³, si è giunti a un sostanziale cortocircuito che ha portato a ritenere, in giurisprudenza più che in dottrina, che nei giudizi su interessi legittimi nel potere del giudice di acquisire la prova sui fatti vi rientrasse quello di introdurli e che il principio dispositivo "pieno" operasse solo nei giudizi che vertono su diritti soggettivi³¹⁴. Per altro verso, si è creata confusione tra i due piani e, nell'enfatizzare il momento della prova e con esso il metodo acquisitivo a discapito di

³¹³ Sul rapporto tra l'istruttoria nel processo civile e nel processo amministrativo tra i molti G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 473 ss., secondo cui «prendere come termine di paragone il processo civile di per sé risulta senz'altro opportuno, dato che questo processo (soprattutto in passato) ha assicurato standard di tutela più elevati di quelli forniti dal processo amministrativo. Ma questo termine di paragone non può certo condurre a disconoscere i profili di specificità dei rapporti fra cittadino e amministrazione che del processo amministrativo sono l'oggetto»; A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 581 secondo cui «il processo amministrativo ha una sua individualità che deve indurre a proporre con estrema cautela confronti col processo civile. Soprattutto, si deve evitare di interpretare la disciplina del processo amministrativo assumendo come modello per l'indagine la disciplina del processo civile»; Id., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1264: «processo civile e processo amministrativo corrispondono a modelli diversi e gli istituti del primo non trovano necessariamente riscontro nel secondo. Inoltre il richiamo al codice di procedura civile può essere giustificato in presenza di una lacuna».

³¹⁴ L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, 380 ss. che evidenzia «l'intento di ridurre al minimo il tradizionale *gap* (strutturale e funzionale), da tempo esistente fra i due tipi di giudizio, rafforzando – soprattutto, nella cognizione delle controversie devolute alla «giurisdizione esclusiva» - sia la tipologia dei mezzi di prova (tipica o atipica), suscettibili di acquisizione, di deduzione e di assunzione avanti al giudice amministrativo, sia la gamma dei poteri istruttori a lui conferiti»; rilevando che per quanto concerne la giurisdizione generale di legittimità, il cd. metodo acquisitivo «non soltanto ridimensionerebbe in modo drastico il carattere tendenzialmente dispositivo del rito, ma soprattutto verrebbe ad attenuare in maniera sensibile la portata dei criteri generali e della regola di giudizio, desumibili dall'art. 2697 c.c.».

una sua lettura alla luce del principio dispositivo, si è legittimato l'ingresso in giudizio di circostanze non allegate dalle parti, considerandole indebitamente quali poteri del giudice sulla prova dei fatti³¹⁵.

In uno studio sul fatto nel processo, la questione di tenere distinti i due momenti, quello dell'allegazione e quello della prova, più che in passato assume un'importanza centrale e, in uno con i poteri istruttori delle parti e del giudice, occorre riflettere sul momento dell'allegazione dei fatti.

La distinzione tra oneri delle parti e poteri del giudice nel processo amministrativo, che trova una sintesi in quello che anche la giurisprudenza, recependo quanto anticipato dalla dottrina, concordemente afferma essere un sistema dispositivo con metodo acquisitivo³¹⁶, deve infatti ritenersi tutt'ora valida, ma è evidente che da ciò che si è detto, ovvero qualora si ammetta che il giudice possa rifare il procedimento in processo, derivano alcune rilevanti conseguenze sotto il profilo del principio dispositivo, prima ancora che sul metodo acquisitivo.

L'analisi non può non tener conto dell'insegnamento di Benvenuti che collocava l'allegazione dei fatti non nel momento dell'istruzione, ma in quello della determinazione dell'oggetto della causa, con la conseguenza che l'introduzione dei fatti era riservata alle parti non tanto per soddisfare «astratte esigenze di natura processuale», ma alla luce dei «più generali fondamenti dello Stato come Stato di diritto»³¹⁷. Al giudice non è riconosciuto il potere di disporre fuori dal processo dei fatti che appartengono alla realtà materiale e dai quali le parti possono trarre vantaggio ai fini della dimostrazione della fondatezza in fatto delle loro affermazioni, perché l'interesse del giudice all'oggetto del giudizio è necessariamente un «interesse mediato» dall'attività delle parti³¹⁸.

Sotto il profilo dell'allegazione dei fatti in dottrina qualche autore ha distinto tra allegazioni principali e allegazioni secondarie e ha accentuato il rispetto del principio dispositivo con riguardo ai fatti principali, pur ammettendo che il giudice possa tener

³¹⁵ Sui poteri d'ufficio giudice G. De Giorgi Cezzi, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 9 ss.

³¹⁶ Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 37: «al momento, vi è una sostanziale concordia, in giurisprudenza, in ordine all'assetto probatorio nel processo: nel senso che la giurisprudenza ha recepito, e formalmente richiamato, la teoria, assai autorevole, secondo la quale il processo amministrativo è un processo a sistema dispositivo con metodo acquisitivo (...) si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale che fa seguito ad una fase in cui era più frequente ed abituale l'affermazione secondo la quale il giudice amministrativo doveva d'ufficio acquisire gli elementi di prova occorrenti per il suo giudicare». Imprescindibile il richiamo a F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit.; il cui insegnamento è stato seguito dalla dottrina successiva, tra i molti si vedano A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 376; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 289 ss.

³¹⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 37.

³¹⁸ Sempre F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 46.

conto di quei fatti secondari che gli servono per accertare la verità dei primi³¹⁹. Questa ricostruzione si giustificava per la disuguaglianza tra l'amministrazione e il privato sul piano sostanziale e il ruolo attivo del giudice veniva così evocato per "garantire" la parità tra le parti almeno sul piano processuale, ma già in passato oltre alla difficoltà di distinguere in concreto tra fatti (e allegazioni) principali e fatti (e allegazioni) secondari,³²⁰ scontava il rischio che «una volta aperta la via al giudice dal versante dell'acquisizione della prova, non è poi affatto facile conservare la distinzione tra acquisizione dei fatti secondari e monopolio delle parti circa quelli primari»³²¹.

Questa distinzione non pare convincente e tantomeno risolutiva nel processo sul fatto. In primo luogo, perché sono venute meno le stesse ragioni che portavano sul piano sostanziale all'individuazione di una parte "debole" e di una parte "forte"³²² e che giustificavano il ruolo suppletivo del giudice nell'allegazione dei fatti, anche solo quelli secondari. In secondo luogo, perché in un giudizio che mira alla verifica dell'uso ragionevole del potere e all'accertamento della fondatezza della pretesa, che spesso prescinde dall'esistenza di un provvedimento, risulta ancor più difficile distinguere i fatti che attengono al contenuto della domanda (i cd. fatti principali) dai cd. fatti secondari, ovvero le circostanze e i presupposti, da cui trarsi indirettamente la prova dei fatti principali³²³.

³¹⁹ Così L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 88: «il giudice amministrativo è vincolato agli *alligata partium*, nel senso che non può porre a fondamento della decisione fatti giuridici diversi da quelli introdotti dalle parti, ma può tenere conto d'ufficio di quei fatti secondari che gli servono per cercare la verità dei fatti principali allegati dalle parti. In tal modo non risulta violato il principio della domanda in quanto l'iniziativa del giudice non lede in alcun modo il potere monopolistico delle parti di fissare l'oggetto del giudizio, ma riguarda esclusivamente la tecnica del processo, cioè il modo in cui è esercitata la funzione giurisdizionale sulla *res in iudicium deducta*»; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit.; C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3340, secondo cui «non può ammettersi che nel processo amministrativo sia possibile una gestione in qualche misura privatistica del rapporto tra le parti che non è ammessa sul piano sostanziale, posto che ogni gestione che non corrisponda all'interesse pubblico è sanzionata penalmente (...) Cosicché, una rilevanza della attività istruttoria del giudice amministrativo non può contestarsi».

³²⁰ Così L. Perfetti, *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, a cura di E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L. Perfetti, A. Meale, Napoli, ESI, 2014, 43 ss.

³²¹ Si veda F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 141 ss. secondo cui «il principio dell'uguaglianza sostanziale della parti davanti al giudice importa che la disposizione dei fatti secondari spetti fuori del processo solamente alle parti e non anche al giudice»; nello stesso senso A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* cit., 376; M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 778; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit.; Id., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., osserva che «un potere del giudice di *ricercare* fatti secondari sembra condurre direttamente a violare il divieto di scienza privata del giudice, divieto che la dottrina unanimemente ravvisa nell'art. 115 cod. proc. civ.».

³²² Sul tema L. Perfetti, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 72 ss. che rileva che «la realtà dei rapporti giuridici (anche procedimentali, anche sostanziali) consegna una percezione non sempre coincidente con questo presupposto», ovvero con il fatto che il privato debba essere assunto per definizione come parte debole.

³²³ Sulla difficoltà nell'identificare fatti primari e secondari si veda anche A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 578.

Per quanto riguarda il primo profilo³²⁴, la piena partecipazione del privato al procedimento e il riconoscimento nella l. n. 241/1990 del diritto di accesso ai documenti amministrativi e poi con il d.lgs. n. 33/2013 ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni, ha temperato la necessità di poteri di intervento del giudice nell'allegazione dei fatti³²⁵ e l'interpretazione, anche di recente ribadita dalla giurisprudenza, in merito agli effetti dell'accesso sul decorso del termine per impugnare³²⁶, ancorché il sistema dispositivo con metodo acquisitivo non possa dirsi definitivamente recessivo³²⁷, ha di fatto ridimensionato³²⁸ l'eventuale rischio di ricorsi al buio³²⁹.

³²⁴ Sul tema si veda C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3336 ss. che distingue l'ipotesi in cui il «ricorrente agisca in una situazione sostanziale nella quale non è gli è possibile dotarsi, da sé, degli elementi occorrenti per la dimostrazione della realtà di fatti» dall'ipotesi in cui agisca «a tutela di una situazione che l'ordinamento gli riconosce in modo autonomo, indipendentemente, cioè dalla mediazione autoritativa della scelta dell'amministrazione: in questa situazione, il giudice amministrativo è portato a ritenere che il ricorrente che abbia la disponibilità di mezzi di prova li debba autonomamente utilizzare, e sia tenuto, perciò, a fornirli in giudizio».

³²⁵ Sul tema dell'accesso agli atti la bibliografia è amplissima. Oltre ai molti lavori monografici sul tema tra cui si vedano G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il foia italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019; B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016; E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; F. Merloni, G. Arena (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; tra i tanti contributi si ricordano G. Gardini, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "Foia Italia"*, in *Federalismi.it*, 2018, 19; D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 1019 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 2016, 23, 1 ss.; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 905 ss.; A. Sandulli, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 494 ss.; Id., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 669 ss.; M.A. Sandulli, L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, 2020, 19, 401 ss.; E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 573 ss.; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 657 ss.; M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 453 ss.

³²⁶ Cons. Stato, ad. pl., 2 luglio 2020, n. 12: «In materia di procedure di gare d'appalto, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" del termine per impugnare quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta».

³²⁷ F. Saitta, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 1 ss.; più di recente P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva «temperata»*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85 ss.

³²⁸ Secondo G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 260 «la previsione nella recente legge 7 agosto 1990, n. 241, di un organico sistema di pubblicità degli atti amministrativa e l'attribuzione al ricorrente di reali poteri di accesso, dovrebbe far venir meno in gran parte la necessità di prevedere un metodo acquisitivo nel processo amministrativo e dovrebbe trasformare l'onere di fornire un principio di prova per gli atti in possesso della P.A. in un onere pieno della prova».

³²⁹ Sul tema M. Ramajoli, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, 17, 23 ss.; G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 260, secondo cui «l'aver previsto che il privato al quale è stato negato l'accesso a

Per quanto riguarda il secondo profilo, il dato positivo non pare giustificare la pretesa distinzione tra allegazioni primarie e secondarie. Il codice del processo amministrativo ha, infatti, sotto tale profilo riprodotto l'art. 44 t.u.c.s. che attribuiva al giudice poteri di intervento solo nell'acquisizione delle prove, non nell'allegazione dei fatti, che si riteneva così, anche per effetto del chiaro dato legislativo, riservata alle parti.

L'art. 64, comma 1, c.p.a. prevede che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». I fatti rilevanti nel processo sono cioè quelli individuati dalle parti come ragioni delle loro domande e eccezioni e, dunque, non pare esserci spazio per un'introduzione dei fatti, indipendentemente dalla loro natura primaria o secondaria, da parte del giudice.

Non vi è dubbio che il processo amministrativo si caratterizzi ancora oggi come processo di parti retto dal principio dispositivo e in cui spetta soltanto alle parti allegare i fatti.

Se però il giudice nell'accedere al fatto può spingersi fino a rifare il procedimento in processo, il rischio è che il giudice possa divenire “signore sul fatto”, prima ancora che signore della prova.

A ben vedere pare che il problema non sia tanto l'affermazione piena del principio dispositivo, quanto l'allegazione dei fatti come momento necessario del giudizio. In altri termini, la realtà processuale pare arricchirsi di fatti ulteriori a quelli primariamente allegati dalle parti, non perché il giudice debba supplire a una loro inerzia o all'impossibilità di provvedervi direttamente, o perché sia in qualche modo negato il loro dovere di introdurre i fatti rilevanti ai fini del decidere e sia consentito al giudice, insieme con l'accesso al fatto, quello di concorrere alla definizione del fatto controverso. Quello che accade, invece, è che quei fatti nascono *ex novo* nel processo e dunque, non sono allegati dalle parti, ma questo non significa che siano formalmente introdotti dal giudice.

In definitiva, non pare che si possa giungere a negare il principio dispositivo e il processo amministrativo sul fatto deve essere ricostruito nel perimetro generale del principio dispositivo. La questione si sposta sul piano della prova e dell'utilizzo adeguato di quei fatti ai fini del decidere, pena il superamento del confine tra giudicare e amministrare per effetto di un'enfaticizzazione dell'accesso del giudice al fatto.

4. L'attualità del metodo acquisitivo

determinati atti può proporre ricorso contro il rifiuto opposto dall'amministrazione o contro la mera inerzia di quest'ultima, e non anche che la proposizione di tale ricorso ha effetto interruttivo nei confronti del termine di impugnativa decorrente dalla data di avvenuta conoscenza del provvedimento nei confronti del quale si intendeva esercitare l'accesso, pregiudica gravemente l'effettività di questo strumento di tutela».

Dopo aver affrontato il tema dell'allegazione dei fatti e le sue problematiche nell'accesso del giudice al fatto, l'analisi conduce logicamente e sistematicamente al momento dell'istruzione probatoria in senso stretto.

Le disposizioni sulla produzione dei documenti e sull'assunzione delle altre prove, ovvero sui "mezzi" attraverso i quali la prova può essere raggiunta, assumono rilievo nell'analisi condotta per valutare la completezza o meno del sistema istruttorio delineato dal codice del processo amministrativo, ma non possono prescindere da un confronto con le disposizioni tese a ripartire tra parti e giudice il complesso delle attività istruttorie e con quelle relative alla prova dei fatti allegati, dal cui esame è possibile determinare l'estensione e la struttura stessa del momento istruttorio³³⁰.

Sebbene anche nel processo amministrativo, come nel processo civile, viga il principio tipizzato dall'art. 2697 c.c. secondo cui l'onere della prova incombe su colui che allega i fatti a sostegno della domanda, l'ordinamento riconosce al giudice significativi poteri di acquisizione probatoria.

Per un verso, infatti, l'art. 63 c.p.a. si apre con l'affermazione che l'onere della prova è a carico delle parti e l'art. 64 c.p.a. ribadisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande; per altro verso il codice prevede ancora ampi poteri d'ufficio in capo al giudice amministrativo. Innanzitutto, l'art. 63 c.p.a. stabilisce che «fermo restando l'onere della prova» a carico delle parti, il giudice può chiedere loro «anche d'ufficio chiarimenti o documenti»; al comma secondo consente al giudice di ordinare anche a terzi l'esibizione «anche d'ufficio» di documenti o quanto altro ritenga necessario e di disporre l'ispezione³³¹. L'art. 64 c.p.a., comma terzo prevede l'acquisizione anche d'ufficio di informazioni o documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione. Infine, il secondo comma dell'art. 46 c.p.a. e il terzo comma dell'art. 65 c.p.a. dispongono che se la pubblica amministrazione non provvede al deposito del provvedimento impugnato, ovvero degli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, il giudice possa ordinarne l'esibizione nei termini e nei modi opportuni.

L'operatività del metodo acquisitivo nel processo di parti risente ancora oggi dei condizionamenti del passato e del tradizionale modello di processo in cui l'istruttoria

³³⁰ M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 186: «le questioni da affrontare sono tre. La prima attiene ai poteri e ai doveri istruttori (...) la seconda questione riguarda invece il concetto stesso di prova ed investe l'aspetto della sua sufficienza: quando un'allegazione può dirsi effettivamente e pienamente provata? Che cosa accade e che cosa può fare il giudice se la prova, pur data, non può dirsi piena? La terza questione riguarda invece i mezzi attraverso i quali la prova può essere raggiunta».

³³¹ Sebbene l'art. 63 c.p.a. rinvii agli articoli 210 ss. c.p.c., lì l'esibizione può essere disposta dal giudice solo su istanza di parte. L'art. 210 prevede, infatti: «Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo».

nei giudizi avanti il Consiglio di Stato e avanti le giunte provinciali amministrative era retta da principi di tipo inquisitorio e il giudice amministrativo “signore della prova” conservava il potere di svolgere indagini d’ufficio per ovviare alla difficoltà della parte di produrre prove sufficienti a far valere la propria pretesa. L’art. 44 t.u.c.s., che ha rappresentato la norma di riferimento in materia di istruttoria prima del codice del processo amministrativo, prevedeva infatti il potere del giudice di richiedere all’amministrazione interessata «nuovi chiarimenti o documenti» e di ordinare nuove verificazioni o disporre una consulenza tecnica, nel caso in cui riconoscesse l’istruzione dell’affare incompleta, o che i fatti affermati nell’atto o nel provvedimento impugnato fossero in contraddizione con i documenti.

La trasformazione del giudizio dell’atto a giudizio sul rapporto e il temperamento dello sbilanciamento della posizione sostanziale delle parti³³² ha indotto a interrogarsi sull’operatività più rigorosa del principio dell’onere della prova e sul conseguente ridimensionamento del metodo acquisitivo nell’acquisizione della prova³³³.

Per un verso, anche nel processo di cognizione ordinario, che ha rappresentato, come già anticipato più o meno concordemente³³⁴, il modello di riferimento del processo di parti, il puro metodo dispositivo, che imporrebbe al giudice di limitarsi a ciò che le parti hanno allegato e provato, si ritrova spesso a cedere il passo a modelli più temperati³³⁵ in cui il giudice ha il potere di integrare e completare le prove fornite

³³² Secondo V. Vigorita, *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 17, secondo cui la posizione di disuguaglianza quanto al possesso di certo materiale probatorio non può che costituire una «motivazione di contorno: e non certo la ragione centrale del diverso potere riconosciuto al giudice amministrativo (...) essa è piuttosto (insisto sul punto) disparità sostanziale, di posizione sostanziale: perché il privato è il destinatario o “l’oggetto” del provvedimento amministrativo; e vede dunque disciplinare in via autoritativa ed esecutoria dall’Amministrazione i propri interessi. Qui sta la condizione differenziata»; secondo L. Bertozzi, *L’istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, cit., 581 il fondamento del metodo acquisitivo «non è mai stata (...) la disuguaglianza esistente tra le parti sul terreno della realtà materiale in ordine alla pratica disponibilità dei fatti secondari. Chi scrive – lo si enuncia senza indugio – ritiene che quella ratio sia da rintracciarsi (*da sempre*) nell’indisponibilità dell’oggetto del giudizio amministrativo di legittimità».

³³³ M. Dugato, *L’istruttoria*, cit., 188; sul tema si veda anche C.E. Gallo, *L’istruttoria processuale*, cit., 3342 che a fronte della sostanziale modificazione della giurisdizione esclusiva, si attendeva «una modificazione dell’atteggiamento, con ripristinazione tendenziale nella giurisdizione amministrativa esclusiva del principio dispositivo in senso pieno, e cioè senza possibilità acquisitiva da parte del giudice».

³³⁴ Sul tema si veda, anche per i riferimenti alla dottrina processualcivile G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit. che rileva come debba ritenersi superato anche nel processo civile il principio secondo cui il principio della domanda implica necessariamente «il monopolio delle iniziative istruttorie in capo alle parti del processo».

³³⁵ Sul tema nella dottrina civilistica si veda tra i molti B. Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell’istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.; G. Verde, *Prova*, cit., 606 ss., che rileva che nel processo civile «per quanto testualmente il legislatore abbia dichiarato di ispirarsi al metodo dispositivo (art. 115 c.p.c.), si rinvengono temperamenti così notevoli da far dubitare che già nel processo di cognizione ordinario il programma sia stato puntualmente realizzato (v., in proposito, gli art. 61 e 197, 116 comma 2, qualora consulenza tecnica e interrogatorio libero possano annoverarsi fra le prove, 118 commi 1 e 2, 213, 240, 241, 253, 257, 317 e 421)».

dalle parti³³⁶. Per altro verso, la scelta del modello è influenzata da considerazioni di tecnica e di opportunità che cambiano nel corso del tempo e il tipo di atto impugnato e le esigenze particolari del singolo processo in cui è adottata mutano la consistenza specifica della regola³³⁷. Quanto più il sindacato del giudice è penetrante e la giurisdizione, come si diceva in passato, in cui campeggia l'atto "si avvicina" alla giurisdizione sul rapporto, tanto più la regola dell'onere della prova riprende il suo primato³³⁸, anche a fronte dei diversi e più o meno definitivi effetti sulla posizione delle parti che produce l'accoglimento o il rigetto della domanda nel giudizio sul rapporto in confronto con quelli della pronuncia di annullamento, che, in ogni caso, lascia all'amministrazione la possibilità di riesercizio del potere³³⁹.

Ad oggi, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere confermata l'attualità del metodo acquisitivo³⁴⁰ e il pieno accesso del giudice al fatto non pare, sotto questo profilo, indurre a necessari ripensamenti.

³³⁶ M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 188 secondo cui il puro metodo dispositivo «mal si concilia con l'esercizio, da parte di una delle parti di un potere giuridicamente attribuito, come ben dimostrano le peculiarità del processo civile del lavoro (in cui si giudica di un potere privato), in cui i poteri di intervento del giudice ordinario nell'acquisizione della prova sono più significativi di quelli che lo stesso può esercitare nell'ordinario processo di cognizione»; si veda anche G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 64, che rileva «i principi fondamentali che in passato sembravano caratterizzare il processo civile – e prima fra essi proprio quel principio dispositivo che sembrava permeare l'intero sistema istruttorio presente in quest'ultimo tipo di processo – hanno subito un profondo processo di revisione, e non è mancato chi ha notato come sia oggi avvertita l'esigenza di accrescere il potere di indagine del giudice perfino nel processo relativo a diritti disponibili».

³³⁷ F. Benvenuti, *Istruzione del processo amministrativo*, cit.

³³⁸ Così E. Picozza, *Processo. Processo amministrativo (normativa)*, XXXVI, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1987, 463 ss., secondo cui «la regola di giudizio per il giudice amministrativo non si fonda e non può fondarsi sulla interpretazione stretta del principio dell'onere della prova come descritto dall'art. 2697 c.c. L'istruzione probatoria concorre alla formazione dell'oggetto del processo, e cioè alla verifica della lesione dell'interesse legittimo; ma è indubbio che il tipo di atto impugnato (perlomeno nel processo di legittimità) o addirittura la tipologia dell'attività esercitata muta la consistenza specifica della regola. Si va da fattispecie in cui alla formazione della regola di giudizio è addirittura estraneo il principio dell'onere della prova, mentre si realizza quello del libero convincimento, sub specie del potere di interpretazione (e ciò vale soprattutto per gli atti amministrativi generali sostanzialmente normativi, in cui si sono stabilite somiglianze con il processo di costituzionalità), a casi in cui la regola di giudizio esprime per così dire una discrezionalità di secondo grado, in che risiede lo *specificum* del giudice amministrativo, cioè l'essere un giudice-legislatore, ad altri casi in cui, come si è sottolineato, l'accertamento riguarda più il vizio che il fatto. Quanto più, viceversa, ci si avvicina alla giurisdizione sul rapporto (per esempio in tema di giurisdizione esclusiva), tanto più la regola dell'onere della prova riprende il suo primato».

³³⁹ Sul tema C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3342: «in processo di accertamento, l'intervento del giudice in ordine alla introduzione di mezzi istruttori può condurre ad una conclusione del processo che viene a conformare in modo più netto le posizioni delle parti, eventualmente in difformità rispetto alle scelte che hanno compiuto. Se l'annullamento del provvedimento amministrativo, in ogni caso, lascia libero il potere dell'amministrazione, ben diversa è la conclusione del giudizio in sede di accertamento, allorché l'accoglimento ed il rigetto della domanda comporterà la conformazione della posizione rispettiva delle parti».

³⁴⁰ Tra i tanti si vedano F.G. Scoca, *Articolo 63*, cit.; C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 211 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 275; L. Giani, *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2020, 401 ss.; G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 578 ss.

5. (Segue): i limiti del metodo acquisitivo tra concreta applicazione dell'onere della prova e riserva di amministrazione

Le considerazioni che precedono devono essere calate nei casi in cui si pone in concreto il problema dell'onere della prova, ovvero quando, al momento della decisione, di un fatto non sussista né la prova che è accaduto, né la prova che non è accaduto.

L'affermazione del metodo acquisitivo, infatti, non consente, né tanto meno obbliga il giudice a sostituirsi alla parte che non abbia dato prova dei fatti posti a fondamento della sua domanda. L'art. 64 c.p.a., riproponendo quasi integralmente la formula del primo comma dell'art. 115 c.p.c., con l'unica eccezione dei «fatti specificatamente non contestati», stabilisce il dovere del giudice di porre a fondamento della decisione le sole prove proposte dalle parti e, dunque, di considerare inesistente il fatto incerto. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui al momento della decisione il giudice non sia formato un convincimento circa l'esistenza o meno del fatto controverso, indipendentemente dalla parte su cui incombe l'onere della prova e nonostante le prove assunte in giudizio, darà torto alla parte che su quel fatto ha basato la propria domanda o viceversa le proprie eccezioni, ma che non l'ha adeguatamente provato.

In altri termini, il metodo acquisitivo, se strettamente inteso, non pare aver attenuato o invertito l'onere probatorio, che continua a incombere primariamente sulle parti³⁴¹.

La regola dell'onere della prova, anche nel processo amministrativo, non è stata tuttavia intesa in senso rigoroso e ha subito limitazioni, deroghe, temperamenti, non tanto, si ribadisce, per effetto dei poteri officiosi attribuiti al giudice (che viceversa incontrano un limite nell'onere della prova) o perché si debba ripartire l'onere probatorio a seconda della situazione giuridica soggettiva fatta valere³⁴² o del tipo di fatto da provare³⁴³, quanto perché da un lato si è affermato che è sufficiente che la

³⁴¹ Sul tema F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 1, 93 ss.

³⁴² Secondo M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 788 «laddove il cittadino pretende qualcosa, sia esso a dover provare l'esistenza dei fatti che legittimano la sua prova, mentre spetterà all'amministrazione di dar la prova dei fatti che ostacolano o fanno venir meno l'aspettativa pretensiva (...) laddove il cittadino resiste all'azione positiva dell'amministrazione (...) la situazione appare rovesciata. È l'amministrazione che deve provare che esistono i fatti che giustificano la sua azione, mentre compete al cittadino la prova dei fatti impeditivi o estintivi del potere».

³⁴³ Secondo F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 354: «se il fatto da provare è semplice, storico, si potrebbe dire, l'onere della prova è assoluto; quanto più il fatto, nella sua storicità, è più o meno incontrovertito, ma discussa ne è l'interpretazione cioè la sua ricostruzione in termini di presupposto per la valutazione di opportunità impugnata, l'onere della prova si trasforma, fino a divenire, si potrebbe dire, mero onere di argomentazione: onere cioè di dimostrare la necessità della verifica, non tanto del fatto, quanto del fatto, elevato a presupposto».

parte fornisca un cd. principio di prova, dall'altro lato ponderando in concreto il carico probatorio delle parti³⁴⁴, tenuto conto della possibilità per l'uno e l'altro soggetto di provare fatti o circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, usando le parole del codice nella loro «disponibilità»³⁴⁵.

Sulla portata del principio di prova non vi è stata unanimità di vedute in dottrina e in giurisprudenza e a chi ha affermato che il ricorrente sarebbe tenuto a fornire elementi di seria consistenza, ovvero una ricostruzione attendibile del fatto portato alla conoscenza del giudice³⁴⁶, si è contrapposto chi ha ritenuto sufficiente l'indicazione di indizi idonei a fondare astrattamente la pretesa fatta valere e chi l'ha invece confuso con l'onere di specificazione delle censure³⁴⁷. Altri hanno poi assunto che l'onere del principio di prova sarebbe soddisfatto dalla semplice allegazione dei fatti³⁴⁸, nell'ambito di quella tendenza che nell'enfatizzare il metodo acquisitivo ha condotto a confondere i due piani e ad ammettere l'equivalenza tra l'allegare e il provare³⁴⁹. Se per il giudice si giungono a considerare quali poteri di prova quelli che sono veri e propri momenti di allegazione della realtà extraprocessuale che gli sarebbero preclusi, così per le parti si considera la semplice allegazione di un fatto quale prova dello stesso, senza che la parte si adoperi in una seppur minima attività di allegazione.

Per quanto riguarda il criterio della vicinanza della prova, detto anche della “riferibilità” del mezzo di prova, lo stesso secondo autorevole dottrina sarebbe

³⁴⁴ Sul tema F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.; secondo F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 2, 253 ss., spec. 283 «sembra di poter affermare che nel processo amministrativo vigono contemporaneamente due principi diversi, applicabili ciascuno a determinati fatti da provare: per i fatti che sono nella disponibilità del ricorrente grava su questi l'onere (pieno) della prova; per i fatti che sono viceversa nella disponibilità dell'Amministrazione, vige la regola del principio di prova».

³⁴⁵ Così G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 77 rileva come «per ripartire l'onere probatorio tra le parti del processo amministrativo sia necessario fare riferimento al criterio della “disponibilità del materiale probatorio”»; C. Lamberti, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

³⁴⁶ Così C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3343; secondo E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit., 1085, andrebbe inteso come onere di prospettare uno «schema attendibile di ricostruzione storica (e di valutazione giuridica) degli avvenimenti».

³⁴⁷ Sulle varie accezioni attribuite in giurisprudenza al principio di prova si veda R. Villata, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., 211.

³⁴⁸ L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 51 secondo cui quando viene prospettato un vizio di eccesso di potere «sorge allora il fondato dubbio di poter configurare in questi casi l'onere del c.d. principio di prova, quale situazione autonoma rispetto all'onere di allegazione dei fatti principali. (...) Da ciò consegue che l'inadempimento dell'onere del c.d. principio di prova comporta l'inammissibilità del ricorso o dei singoli motivi e non una declaratoria di infondatezza».

³⁴⁹ Di contrario avviso M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 190 secondo cui quest'ultima «si può condividere solo a patto che si pretenda che all'allegazione dei fatti il ricorrente accompagni una seppur minima attività volta a dimostrare la verità dell'allegazione. Attività, questa, che può anche consistere nell'esposizione di un semplice ragionamento logico nel quale sia rinvenibile un tentativo di dimostrazione dell'assunto. In caso contrario, si ammetterebbe per il ricorrente l'equivalenza tra l'allegare (il dire) ed il provare».

ricavabile direttamente dall'art. 64 c.p.a., che espressamente correla l'onere alla «disponibilità», nel senso che l'onere della prova sussiste nei limiti della disponibilità della prova³⁵⁰. L'eventuale mancata produzione, essendo obiettivamente imputabile alla parte che aveva nella sua piena disponibilità il materiale probatorio in questione, legittima, cioè, il giudice a ritenere il fatto non provato e a respingere la relativa pretesa³⁵¹. Si tratta di un principio che da anni viene applicato dalla giurisprudenza civilistica e che onera il soggetto per cui la prova è più facile (il debitore che deve provare l'esatto adempimento dell'obbligazione pretesa dal creditore; il medico che deve provare di aver correttamente adempiuto agli obblighi di diligenza professionale)³⁵², in applicazione di quei principi di buona fede e correttezza tra le parti, che più di recente hanno trovato applicazione anche nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Al riguardo, va ricordato quanto già detto in merito al giudizio sulla non annullabilità del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2 l. 241/1990 e alla prova che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Proprio perché per l'amministrazione sarebbe diabolico provare quanto non è nei fatti avvenuto, si pone l'onere probatorio in capo al soggetto per cui la prova è più facile, cioè al privato, a cui è chiesto di dimostrare in processo quello che avrebbe fatto in procedimento.

Si spiega in virtù del principio della vicinanza della prova anche quella giurisprudenza in materia di appalti che, nell'applicare il soccorso istruttorio

³⁵⁰ Così F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit.; negli stessi termini G. Veltri, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013: «l'onere cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre».

³⁵¹ Così G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 77 ss., secondo cui «il principio dell'onere della prova trova specificazione e contenuto nel processo amministrativo in relazione alle rispettive concrete possibilità di prova delle parti. Problema che si pone anche nel processo civile in tutti quei casi in cui il materiale probatorio sia prevalentemente documentale e sia detenuto in tutto od in parte dal soggetto nei confronti dei quali si agisce in giudizio».

³⁵² Come noto Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 costituisce la decisione capostipite dell'orientamento favorevole alla vicinanza della prova: «In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento».

processuale, pone l'onere della prova non in capo al ricorrente che invoca l'esclusione, ma sull'aggiudicatario, che è il soggetto più facilitato, per la diretta conoscenza dei fatti e per l'insussistenza di profili di riservatezza eventualmente opponibili. Il ricorrente può dunque limitarsi ad addurre la mancanza o l'incompletezza della produzione documentale, collegando presuntivamente a tali difetti una possibile carenza del requisito sostanziale, ed è l'aggiudicatario resistente che, in via d'eccezione, deve provare la natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione e di essere in possesso del requisito in contestazione sin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento³⁵³.

Emblematica sotto tale profilo è altresì la giurisprudenza in materia di abusi edilizi e di sanatoria degli stessi, che, in ossequio al principio della vicinanza della prova, costantemente afferma che l'onere della prova circa l'effettiva natura ed entità dei lavori, nonché circa il tempo della loro ultimazione grava sul privato, nella cui sfera di signoria, quale responsabile dell'abuso o proprietario ricade la condotta³⁵⁴. È anche vero che tale orientamento ammette un temperamento «secondo ragionevolezza» nell'ipotesi in cui il privato produca a sostegno della propria pretesa «elementi non implausibili» e l'amministrazione, viceversa, alleggi «elementi incerti»³⁵⁵.

In applicazione del principio della vicinanza della prova, il giudice può poi porre l'onere di rappresentazione di un fatto a carico di un soggetto diverso da quello che l'ha introdotto in giudizio. Si pensi al caso in cui la stazione appaltante non depositi in giudizio i documenti in suo possesso e il giudice ne ordini d'ufficio l'esibizione all'altra parte. L'omesso deposito, in questo caso, non costituisce una circostanza che necessariamente conduce all'accoglimento del ricorso per mancata prova del fatto allegato dall'amministrazione, ma può rappresentare un comportamento processuale da valutare nel contesto degli elementi probatori già forniti dal ricorrente³⁵⁶.

Il criterio della vicinanza della prova ha così rappresentato non solo un «temperamento»³⁵⁷ alla regola dell'onere della prova, ma anche un criterio di

³⁵³ Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975.

³⁵⁴ Così tra le molte Tar Lazio, sez. II, 7 maggio 2021, n. 5391 che aggiunge che: «ai fini della concessione del condono edilizio, l'Amministrazione, pur dovendo sempre espletare un'istruttoria adeguata anche relativamente all'epoca dell'edificazione, non deve fornire, quale condizione di legittimità per l'irrogazione della sanzione, (anche) prova certa dell'epoca di realizzazione dell'abuso. Ricade, infatti, in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) l'onere di provare la data di ultimazione delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto. In difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso e il suo dovere di irrogare la sanzione demolitoria».

³⁵⁵ Così tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2021, n. 3877.

³⁵⁶ Cons. Stato, sez. VI 7 ottobre 1987, n. 806.

³⁵⁷ Sul tema F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.

bilanciamento tra un'applicazione rigorosa del principio dispositivo e l'operatività senza limiti del metodo acquisitivo³⁵⁸.

Nel giudizio con pieno accesso al fatto, non paiono sovvertiti i suddetti principi e i rispettivi temperamenti in tema di onere della prova.

Non pare cioè che il più ampio accesso al fatto possa rappresentare il presupposto per un indebito ritorno al passato, consentendo al giudice amministrativo di acquisire d'ufficio gli elementi di prova per giudicare o per valutare autonomamente la completezza dell'istruzione dell'affare. I poteri istruttori del giudice risultano anche nel processo con pieno accesso al fatto sussidiari rispetto a quelli delle parti. Il processo amministrativo con pieno accesso al fatto rimane cioè un processo di parti, in cui se da un lato la natura del processo non conduce, come affermato da autorevole dottrina con riguardo alla giurisdizione piena alla sua negazione, quanto piuttosto a una sua «diversa utilizzazione»³⁵⁹, dall'altro lato l'iniziativa d'ufficio non può essere eccessivamente ampliata e non può sostituirsi a quella delle parti rimaste inerti, se non nei limiti in cui si renda necessaria per l'impossibilità della parte a provvedervi direttamente.

In ogni caso, pare che le maggiori criticità non siano tanto nel rapporto tra il giudice e le parti, quanto nel rapporto tra giudice e amministrazione, quale titolare del potere oltre che parte, ancorché «non di parte»³⁶⁰, in causa.

Il metodo acquisitivo può condurre il giudice ad acquisire quelle prove che le parti, e quindi anche l'amministrazione nella sua veste di parte del processo, non sono in grado di fornire, ovvero, in applicazione del principio della vicinanza della prova, a porre l'onere di rappresentazione di un fatto a carico di un soggetto diverso da quello che l'ha introdotto in giudizio.

Il metodo acquisitivo e un eccessivo ampliamento dei poteri d'ufficio non possono tuttavia condurre il giudice a farsi “parte”, valutando il fatto oltre il fine del sindacato sul legittimo uso del potere, pena il superamento del confine tra il potere giurisdizionale e quello dell'amministrazione. Se in sé la circostanza che l'indagine istruttoria sia compiuta su iniziativa del giudice per supplire a un'eventuale inerzia

³⁵⁸ G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., secondo cui i due metodi «convivono (...) l'applicazione dell'uno o dell'altro è regolata dal principio della disponibilità (o prossimità, o vicinanza) della prova (...) sicché le parti hanno l'onere di provare tutto quanto possono concretamente dimostrare, mentre quando questa possibilità non sussiste continua ad applicarsi l'onere del principio di prova, e rientrano in gioco i poteri officiosi del giudice».

³⁵⁹ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 91, che nel suo studio sulla giurisdizione piena afferma che «il modello del processo amministrativo paritario che con il decreto n. 80 del 1998 si va edificando, richieda non tanto la negazione del metodo acquisitivo, quanto piuttosto una sua diversa utilizzazione (...) occorre che la giurisprudenza amministrativa coniughi “l'onere del principio di prova, con quello che potremmo definire della “sussidiarietà necessaria” (o più semplicemente della “necessarietà”) in virtù del quale l'intervento sussidiario e sostitutivo del giudice nell'acquisizione della prova si renda necessario stante la impossibilità della parte a provvedervi direttamente».

³⁶⁰ L'espressione è di M.R. Spasiano, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, a cura di P. Tanda, Torino, Giappichelli, 2015, 42.

delle parti non pare porre in astratto problemi³⁶¹, va in definitiva ribadito che l'esercizio dei poteri istruttori non può rappresentare l'*escamotage* per consentire l'ingresso a valutazioni riservate all'amministrazione³⁶². Un potere istruttorio d'ufficio così esercitato si porrebbe infatti in contrasto con la specifica funzione per la quale lo stesso è attribuito al giudice³⁶³.

Per quanto si dirà nel proseguo dell'indagine, pare comunque che, sotto il profilo dell'acquisizione d'ufficio dei mezzi di prova, il problema si sia spostato a valle. Il principio della separazione dei poteri, come anticipato nella prima parte, rimane una questione nodale, ma la tendenziale ritrosia del giudice amministrativo all'utilizzo dei mezzi istruttori pare "risolvere" in radice l'eventualità di derive applicative nell'esercizio del metodo acquisitivo.

6. I mezzi di prova a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo: è "ragionevole" continuare ad escludere l'interrogatorio formale e il giuramento?

Così indagati il ruolo delle parti e del giudice, il metodo e le problematiche connesse nel giudizio con accesso al fatto, del sistema dei mezzi istruttori ha senso parlare in una prospettiva non più in senso stretto quantitativa³⁶⁴.

Un limite dell'originario processo amministrativo di legittimità era rappresentato dal numero³⁶⁵ e dal carattere tassativo dei mezzi di prova ritenuti ammissibili³⁶⁶, tanto

³⁶¹ In tal senso G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit.; sul rischio che il metodo acquisitivo attribuisca al giudice amministrativo un'eccessiva discrezionalità F. Volpe, *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco, in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., 165 ss.

³⁶² In dottrina rileva la difficoltà di trovare nel processo amministrativo un punto di equilibrio «tra principio dispositivo e poteri officiosi del giudice» M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.; sul tema si veda anche A. Proto Pisani, *Relazione conclusiva, in Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini, C.M. Verardi, Milano, Franco Angeli, 2001, 317 ss.

³⁶³ A tal proposito è utile il richiamo a quella giurisprudenza della Cassazione con riguardo ai poteri officiosi del giudice del lavoro; tra le molte si vedano Cass., sez. lav., 27 ottobre 2020, n.23605; Cass., sez. III, 25 agosto 2020, n. 17683; Cass., sez. lav., 7 luglio 2020, n. 14081.

³⁶⁴ Giù G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 205 ss. rileva come il problema dell'istruttoria nel processo amministrativo «non è solo "quantitativo" e la sua soluzione non dipende dall'ammettere il maggior numero possibile di mezzi istruttori».

³⁶⁵ Sul tema della limitatezza dei mezzi di prova si veda E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit.; R. Laschena, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, cit., 1803 ss.; G. Santaniello, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano (Spunti di comparazione con gli ordinamenti francese e tedesco)*, in *Aa. Vv., Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso, Atti del XXXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna 19-21 settembre 1985*, Milano, Giuffrè, 1988, 383 ss.

³⁶⁶ Sul tema in dottrina G. Azzariti, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, cit.; G. Virga, *Le limitazioni probatorie nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 115 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit.,

che la giurisprudenza costituzionale era a più riprese intervenuta per tentare di colmare le lacune normative³⁶⁷. Le vecchie norme erano a ben dire «inadeguate»³⁶⁸ e, soprattutto nelle materie di giurisdizione esclusiva, gli iniziali limiti sui mezzi istruttori nella tutela dei diritti soggettivi avanti al giudice amministrativo erano difficilmente giustificabili in rapporto a un giudizio che non era propriamente all'atto e che avrebbe richiesto l'uso di mezzi di prova ulteriori a quelli meramente documentali previsti dall'art. 44 t.u.c.s. nell'ambito dei giudizi di legittimità³⁶⁹. Come già accennato nel primo Capitolo soltanto nei giudizi di merito, i poteri istruttori del giudice amministrativo, ancorché nella prassi inutilizzati³⁷⁰, erano più ampi e gli era consentito di «ordinare qualunque altro mezzo istruttorio»³⁷¹, oltre ai documenti, chiarimenti e verificazioni, secondo le modalità indicate nell'art. 27 del regolamento di procedura³⁷².

Le norme sull'istruzione probatoria si sono via via arricchite con il trasformarsi del processo amministrativo da processo sull'atto a processo sul rapporto e si è

392; *contra* C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3354 secondo cui il sistema processuale va interpretato sistematicamente «nel senso dell'attribuzione al giudice amministrativo dello strumentario previsto per il giudice civile in ogni tipo di giurisdizione»; E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit.; E. Picozza, *Processo amministrativo*, cit. In giurisprudenza sull'atipicità dei mezzi di prova Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2894; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2467.

³⁶⁷ Corte Cost., 10 aprile 1987, n. 146; con note di A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; C.E. Gallo, *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.; G. Vacirca, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1987, 6, 1344 ss.; M.G. Antonucci, *L'istruzione probatoria nelle controversie in materia di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 4, 824 ss.; G. Serio, *Brevi note sul nuovo sistema probatorio nelle controversie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1282 ss.; I. Franco, *Il processo in materia di pubblico impiego fra legislazione e giurisprudenza*, ivi, 1610 ss.

³⁶⁸ Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 9. Si vedano anche i rilievi critici di M. Nigro, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 4 ss.; A. Pallottino, *L'istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V, secondo il quale «il sistema risente della concezione originaria del processo amministrativo contenzioso, ma non giurisdizionale»; nello stesso senso G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 205 ss., secondo cui le cause delle disfunzioni nell'istruttoria sono tradizionalmente individuate nella mancanza di un corpus omogeneo di norme, nella carenza di strumenti probatori adeguati, nella scarsa propensione del giudice amministrativo a decidere in base al fatto; sul tema si veda anche F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, cit.

³⁶⁹ L'art. 44, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 prevedeva per i giudizi di legittimità: «Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti, ovvero disporre consulenza tecnica», secondo le modalità indicate dall'art. 26 r.d. 17 agosto 1907, n. 642. In dottrina C.E. Gallo, *Commento all'art. 44 del T.U. Cons. St.*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit.

³⁷⁰ Su cui A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.

³⁷¹ Così l'art. 44, comma 2, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054: «Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura».

³⁷² L'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 prevede: «La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni»

assistito a un ampliamento istruttorio della tutela, inizialmente per la tutela dei soli diritti soggettivi, poi estesa anche agli interessi legittimi³⁷³.

Il codice del processo amministrativo ha rappresentato l'ultimo passaggio di un percorso normativo a più riprese, che per un verso ha parificato i mezzi istruttori a quelli tipici del processo civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento, per altro verso ha uniformato l'istruttoria nel processo di legittimità a quella in origine prevista per la sola giurisdizione esclusiva dal d.lgs. n. 80/1998³⁷⁴.

L'art. 63 c.p.a., infatti, senza distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra giurisdizione esclusiva, di legittimità o di merito, dopo aver espressamente richiamato l'ordine di esibizione di documenti, l'ispezione, la prova testimoniale, la consulenza tecnica, al comma 5 prevede che «il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

Ad oggi non pare, dunque, più potersi dire di essere di fronte a un problema di inadeguatezza normativa e il giudice amministrativo sembra essersi finalmente dotato degli «occhi» e delle «mani» che gli mancavano³⁷⁵. Il sistema probatorio può dirsi ad oggi pressoché completo e, a dieci anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo, pare essersi lasciati alle spalle i dubbi e la riluttanza nell'accesso del giudice al fatto, così che è utile indagarlo oltre che in sé, soprattutto in rapporto all'adeguata conoscenza del fatto e al suo concreto utilizzo nella conoscenza del fatto.

Se dall'affermazione teorica per cui il giudice amministrativo, non solo quello di merito, ma anche quello di legittimità, è dotato pressoché degli stessi strumenti probatori di cui è dotato il giudice ordinario³⁷⁶, si scende all'esame concreto del suo operato, ci si accorge come nel processo amministrativo, l'istruzione sia ancora nella maggior parte dei casi esclusivamente documentale e quindi sostanzialmente inadeguata.

L'analisi, che dunque si conferma non essere imposta tanto da una necessità di intervenire sul piano legislativo, quanto dal condizionamento derivante dal tipo di

³⁷³ L'art. 35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ha previsto nelle materie di giurisdizione esclusiva che: «Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

³⁷⁴ Sulle novità introdotte dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998 si veda a A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 29 ss.

³⁷⁵ L'immagine del giudice amministrativo quale «essere con grandi orecchi, ma senza occhi e senza mani» è di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit.

³⁷⁶ L'art. 63, comma 5 c.p.a. prevede infatti che: «Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

processo in cui l'istruttoria insiste, riguarderà solo quei mezzi istruttori³⁷⁷ che più propriamente rispondono alle esigenze del giudizio con pieno accesso al fatto. Ci si soffermerà, in particolare, sulla verifica e sulla consulenza tecnica d'ufficio, mentre non ci si occuperà della prova documentale e delle ispezioni, se non per cenni nell'ultimo paragrafo per dare atto del perdurante stato dell'istruttoria nel processo amministrativo.

Prima però resta la necessità di indagare le ragioni per cui continuano ad essere esclusi dal novero dei mezzi istruttori tipici del processo amministrativo il giuramento e l'interrogatorio formale³⁷⁸.

Le ragioni dell'esclusione tradizionalmente si fanno risalire all'idea che l'interrogatorio formale e il giuramento sono prove legali, che ai sensi degli artt. 2733 e 2738 c.c. vincolano il giudice, impedendogli di decidere in modo diverso³⁷⁹. Sarebbero dunque inammissibili nel giudizio amministrativo in quanto incompatibili con il principio generale del libero convincimento del giudice. Secondo questa tesi, qualora infatti si vincolasse il giudice ad accettare come vero quanto è dichiarato come

³⁷⁷ Sulla distinzione tra mezzi di prova in senso proprio volti a dimostrare la verità di un fatto allegato (es. documenti) e altri mezzi istruttori (es. consulenza tecnica d'ufficio) tra i molti M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 192.

³⁷⁸ È invece ammissibile l'interrogatorio libero che non dà luogo a confessione e costituisce uno strumento per la formazione del libero convincimento del giudice. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069 che ha ritenuto legittimo l'interrogatorio libero nonostante la mancata previsione nel codice del processo amministrativo: «Ai fini del loro accertamento, il giudice amministrativo può legittimamente ricorrere all'interrogatorio libero delle parti, da ritenersi compatibile con la nuova struttura di un giudizio amministrativo incentrato sul rapporto, che attribuisce al giudice i poteri necessari per un accesso diretto al fatto»; Tar Lombardia, Milano, sez. III ord., 6 aprile 2011, n. 904: «L'interrogatorio libero delle parti costituisce un mezzo istruttorio che, senza aprire crepe di sistema, si iscrive armonicamente nelle trame dell'attuale ordinamento processuale amministrativo, seppure al medesimo estraneo. In tal senso, invero, seppure le dichiarazioni rese in sede d'interrogatorio libero rivestono un ruolo probatorio suppletivo ed indiziario, non potendo le risposte date nel corso del suo svolgimento avere valore di confessione, né essere apprezzate nella loro isola quali elementi di piena prova, la loro deduzione fornisce, tuttavia, al Giudice motivi sussidiari di convincimento per corroborare o disattendere le prove già acquisite al processo. Pur con i predetti limiti, l'interrogatorio libero costituisce un importante ausilio alla chiarificazione e precisazione delle allegazioni di fatto contenute negli scritti difensivi, specie nelle controversie in cui solo il contatto con le parti può fornire indispensabili elementi sensitivi di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove già acquisite. Il colloquio informale, altresì, può consentire al Giudice di comprendere in maniera più esauriente i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato, facilitando allo stesso tempo l'espunzione dal *thema probandum* dei fatti non oggetto di specifica contestazione e per i quali il deducente può essere assolto ab onere probandi»; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 aprile 2019, n. 1886; Tar Toscana, Firenze, sez. I, 10 aprile 2018, n. 511; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1845; Tar Campania, Napoli, sez. II, 14 gennaio 2015, n. 211. In dottrina si veda S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss.

³⁷⁹ Così in dottrina F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 386 «non sono conciliabili con un processo nel quale dei fatti introdotti nel giudizio dispone soltanto il giudice, che perciò non può essere limitato nel potere dall'operato delle parti»; L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., 140 ss.; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 155 ss.; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994, 665 ss.

vero nella confessione o nel giuramento, si escluderebbero a priori quei poteri officiosi di acquisizione della prova che storicamente caratterizzano il processo amministrativo. Questa argomentazione è stata peraltro criticata da parte della dottrina che, pur giungendo alla medesima conclusione a fronte del chiaro disposto legislativo³⁸⁰, ha ritenuto che l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento non si debba desumere tanto dal principio del libero convincimento del giudice, quanto dall'impossibilità della parte di disporre dei fatti da provare³⁸¹.

L'esclusione delle prove legali si è altresì giustificata sull'assunto che le stesse presuppongono la disponibilità dei diritti e la loro immediata riferibilità a chi giura o a chi è interrogato, mentre l'interesse legittimo è posizione di per sé non disponibile³⁸².

Alla luce di quanto si è detto sull'acquisizione dei fatti nel processo, pare necessario rimeditare su quelle stesse ragioni che tradizionalmente conducevano ad escludere dal novero dei mezzi istruttori il giuramento e l'interrogatorio formale.

Il giudice ha infatti pieno accesso al fatto e il sistema probatorio non funge più né da «diaframma»³⁸³ per tenere il giudice distante dal fatto, né da strumento necessario per accedervi, così che, quantomeno con riguardo a quelle posizioni sicuramente disponibili, non pare più giustificabile l'assoluta esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale nel processo amministrativo.

Pertanto, se anche si vuole continuare ad ammettere la limitazione con riguardo agli interessi legittimi, non pare più ragionevole una qualsivoglia limitazione con riguardo ai diritti soggettivi³⁸⁴. D'altronde, davanti al giudice ordinario non è prevista

³⁸⁰ F.G. Scoca, *Articolo 63*, cit., 546: «se il principio del libero convincimento nella valutazione delle prove viene sostituito, secondo il preciso disposto dell'art. 64, co. 4, dalla diversa regola del "prudente apprezzamento" (...) la tesi non sembra più sostenibile. (...) Ci sono alcuni "indizi" della disponibilità dell'oggetto del giudizio, anche nella disciplina sull'istruzione: in primo luogo il principio di non contestazione; in secondo luogo l'efficacia probatoria dell'atto pubblico (...); in terzo luogo le presunzioni legali. Si può ritenere che l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento non abbia oramai valide giustificazioni. Tuttavia essa è statuita per legge, e questo chiude il discorso».

³⁸¹ A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 578 che rileva che «tali mezzi di prova, infatti, sono consentiti nel processo civile, dove parimenti vige il principio del libero convincimento del giudice (si pensi, in particolare al processo del lavoro); inoltre anche nel processo amministrativo è contemplata l'ammissibilità delle prove legali: basti pensare all'atto pubblico».

³⁸² Sul tema dell'indisponibilità della posizione dedotta in giudizio C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3361, «anche allorché il legislatore ha ammesso che vi sia una soluzione consensuale al problema costituito dall'emanazione del provvedimento amministrativo, a mezzo di accordi, tale soluzione consensuale non è stata immaginata come la conseguenza di una scelta libera dell'amministrazione, ma come, invece, il frutto del consenso della parte pubblica e della parte privata in ordine al miglior componimento degli interessi per il raggiungimento di una pubblica esigenza. La prova legale non sarebbe, pertanto, in ogni caso in materia utilizzabile»; F.G. Scoca, *Articolo 64* (commento), in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 548 ss.

³⁸³ L'espressione è quella già richiamata di A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 279

³⁸⁴ In tal senso A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., II, 72 secondo cui «non si possono tacere, tuttavia, seri dubbi sulla ragionevolezza e sulla legittimità costituzionale di tale esclusione, almeno nelle ipotesi in cui non siano oggetto di contestazione situazioni indisponibili da parte dell'Amministrazione»; negli stessi termini con riguardo alla materia del pubblico impiego già A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*,

alcuna preclusione quando la parte sia una pubblica amministrazione e si discute tutt'al più dell'ammissibilità o meno del singolo mezzo di prova con riguardo ai capitoli di prova formulati e della conoscenza diretta o meno dei fatti da parte del soggetto giurante -interrogato quale rappresentante dell'ente. Ebbene, sotto questo profilo, lo stesso potrebbe/dovrebbe avvenire davanti al giudice amministrativo.

Pare più problematico superare l'altro ordine di argomentazioni, ovvero l'assenza del potere della parte di imporre o di condizionare con un proprio atto processuale, ulteriore rispetto all'allegazione, l'acquisizione del fatto al processo, cioè di disporre sul piano processuale dei fatti³⁸⁵. Come noto, infatti, tanto la confessione quanto il giuramento adempiono la prova, non solo perché escludono la necessità della prova del fatto confessato o giurato mediante la ricerca di altri fatti, ma perché sono essi stessi prova, la cui verità non può essere messa in dubbio dal giudice.

Se, tuttavia, si affronta la questione non limitatamente al piano della possibilità di mezzi istruttori, bensì tenuto conto delle peculiarità del processo amministrativo nel suo complesso, si potrebbe forse concludere che, ammesso che nel giudizio con pieno accesso al fatto dalla fase dell'allegazione si può prescindere (vedi §3), è giunto il momento che, quantomeno con riguardo a quei fatti sostanzialmente non allegati dalle parti, non vi siano più limitazioni sui mezzi istruttori esperibili davanti al giudice amministrativo.

7. La richiesta di chiarimenti tra integrazione postuma della motivazione e accesso distorto del giudice al fatto

Così evidenziati i dubbi sull'esclusione delle prove legali nel processo amministrativo, si possono ora approfondire i mezzi di prova previsti dal codice. Come già anticipato, non ci si occuperà di tutti i mezzi istruttori, ma solamente di quelli che mostrano un peculiare interesse rispetto all'oggetto dell'analisi, o perché particolarmente rilevanti sotto il profilo della cognizione del fatto (verificazione e consulenza tecnica d'ufficio) o perché forieri di potenziali problemi in rapporto al più ampio accesso del giudice al fatto.

È quest'ultimo il caso dei chiarimenti, che sono stati sin dall'origine previsti nel giudizio amministrativo, ma che, per come è costruito oggi il processo, rischiano di divenire strumentali a un accesso distorto del giudice al fatto.

A differenza che in passato, in cui l'art. 44 t.u.c.s. espressamente stabiliva che gli «chiarimenti» potessero essere richiesti all'amministrazione interessata, l'art. 63 c.p.a prevede che il giudice possa richiedere d'ufficio chiarimenti a tutte le parti e non solo

cit., 577, secondo cui «interrogatorio e giuramento dovrebbero ritenersi ammessi anche nel processo amministrativo in materia di pubblico impiego, nei casi in cui siano in gioco situazioni disponibili».

³⁸⁵ Sul tema si veda F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.

all'amministrazione, mentre è rimasto invariato il divieto di chiedere chiarimenti a terzi, a cui tutt'al più il giudice può ordinare l'esibizione di documenti secondo il disposto degli artt. 210 ss. c.p.c.³⁸⁶. Si tratta comunque di uno di quei casi in cui, al di là di quanto previsto dalla norma e delle concrete esigenze del processo, prevalgono i condizionamenti del passato e il giudice il più volte chiede chiarimenti all'amministrazione e sono rari i casi in cui l'ordine è rivolto al privato³⁸⁷.

Il codice non riproduce nemmeno quella parte della disposizione che limitava l'utilizzo di tale mezzo di prova, stabilendo che gli schiarimenti potessero essere richiesti unicamente quando «l'istruzione dell'affare è incompleta», o quando «i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti»³⁸⁸. Si diceva cioè che gli schiarimenti rivolti all'amministrazione non riguardassero circostanze dubbie, bensì circostanze non chiare a fronte della rappresentazione fornita dal ricorrente³⁸⁹. Detta limitazione non è più prevista nel codice del processo amministrativo, che non stabilisce nemmeno particolari formalità per l'assunzione del mezzo di prova e, dunque, anche alla luce delle peculiarità del giudizio con pieno accesso al fatto e delle potenziali ricadute sul ruolo della motivazione del provvedimento evidenziate nel secondo Capitolo, occorre interrogarsi sulla possibilità dell'amministrazione di modificare o integrare la motivazione di propri precedenti provvedimenti attraverso i chiarimenti in giudizio.

I chiarimenti consistono infatti sostanzialmente in delucidazioni, relazioni normalmente scritte, circa presupposti di fatto che la parte può essere in grado di fornire³⁹⁰, ma se la parte che fornisce chiarimenti il più delle volte è l'amministrazione, in quel caso, almeno a parere di chi scrive, risulta difficile comprendere quali siano le differenze con «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche» che l'art. 3 l. n. 241/1990 qualifica in termini di motivazione.

In passato, a fronte dell'orientamento pacifico che negava l'ammissibilità della motivazione postuma, sull'assunto della necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento conclusivo del procedimento, non si poneva nemmeno il problema o comunque si escludeva la possibilità per l'amministrazione di modificare o integrare la motivazione dei suoi atti attraverso i

³⁸⁶ In base all'art. 210 c.p.c.: «Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposto l'istanza di esibizione».

³⁸⁷ Sul punto si veda G. Veltri, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, cit.

³⁸⁸ Così art. 44, r.d. 1054/1924.

³⁸⁹ Sul tema si veda C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3358 che rilevava che per questa ragione «la giurisprudenza esclude che sia possibile all'amministrazione fornire i chiarimenti in un atto del difensore, dovendo l'amministrazione medesima assumersi in proprio, come soggetto pubblico, la responsabilità dei dati e delle valutazioni che fornisce al giudice amministrativo».

³⁹⁰ Così A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., 384.

chiarimenti, che dovevano servire solo a chiarire i dubbi interpretativi e le eventuali contraddizioni con i documenti già depositati in giudizio³⁹¹.

Non è questa la sede per tratteggiare, neppure per sommi capi, il dibattito sull'ammissibilità o meno della motivazione postuma, a cui si è fatto un cenno anche nel secondo Capitolo per le implicazioni che l'accesso del giudice al fatto potrebbe avere anche sotto tale profilo³⁹². Quello che interessa, nella sola misura in cui risulta funzionale al ragionamento condotto, è che il divieto è attualmente meno chiaro e il *discrimen* tra motivazione postuma vietata e consentita, tra motivazione implicita e postuma, non è così netto e si assiste, come già evidenziato, a un generale «depotenziamento»³⁹³ della motivazione del provvedimento nel processo.

A fronte di una giurisprudenza ancora legata al passato³⁹⁴ che continua ad interpretare restrittivamente il divieto affermando che la motivazione deve precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo e «non può certo essere emendata o integrata, quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca»³⁹⁵ da una motivazione *ad hoc* prospettata dall'amministrazione in giudizio, la giurisprudenza più recente tende a distinguere tra motivazione effettuata «mediante atti del procedimento», ammissibile, e motivazione postuma inammissibile effettuata «mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi»³⁹⁶. Anche in dottrina, si è affermato che soltanto consentendo all'amministrazione di integrare in giudizio l'istruttoria e così le ulteriori giustificazioni a sostegno della propria condotta, è possibile per il giudice avere una cognizione piena del rapporto, necessaria per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente³⁹⁷.

Così argomentando si potrebbe giungere a ritenere che attraverso i chiarimenti, che sostanzialmente quando resi dall'amministrazione si riducono a una motivazione postuma del provvedimento, si consentirebbe al giudice di avere una conoscenza effettiva del fatto controverso.

Si è sostanzialmente concordi con le ragioni di questa ricostruzione, ma, ai fini dell'analisi svolta, pare più rilevante evidenziarne i potenziali rischi³⁹⁸.

³⁹¹ Così M. Dugato, *L'istruttoria*, cit., 192; C.E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, cit., 3358 secondo cui «non può ammettersi che in sede di chiarimenti l'amministrazione possa integrare la rappresentazione in fatto contenuta nel provvedimento impugnato o meglio esplicitare le ragioni di diritto che hanno condotto alla scelta circa l'adozione di una piuttosto che di un'altra misura».

³⁹² Sul tema per tutti di recente G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.

³⁹³ Così M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.

³⁹⁴ Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376; Cons. Stato, sez. IV 4 marzo 2014, n. 1018; Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4993.

³⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001.

³⁹⁶ Tra le molte più recenti Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2001; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 6657; Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 2020, n. 4038; Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2020, n. 2860.

³⁹⁷ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., 358 ss.

³⁹⁸ Sul tema G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit.

A tal proposito, pare significativo richiamare una curiosa vicenda in materia di appalti, in cui il giudice amministrativo ha sostanzialmente fatto propri, «non intravedendo ragioni» per disattenderli³⁹⁹, i chiarimenti resi dall'amministrazione tramite il suo difensore nel corso dell'udienza e fatti trascrivere a verbale, ritenendo così provate circostanze di fatto (il trasporto di una cella frigo dalla cucina di una RSA alla cucina di un asilo nido; l'uso di una pressa per hamburger per la preparazione dei posti) dirimenti ai fini della valutazione della corretta attribuzione dei punteggi di gara e, dunque, della decisione della causa, circostanze di fatto che non erano state in alcun modo introdotte o altrimenti provate in giudizio.

Se così è, l'ambito dei chiarimenti dell'amministrazione diviene potenzialmente illimitato con il rischio che, eluso formalmente il divieto di un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento mediante atti processuali e scritti difensivi, il giudice li possa utilizzare come strumento per un inammissibile e distorto accesso al fatto.

8. Attualità della distinzione tra verificaione e consulenza tecnica d'ufficio

Nell'analisi condotta sui mezzi di prova previsti dal codice del processo amministrativo, come anticipato, un ruolo di particolare interesse sotto il profilo della pienezza della cognizione del fatto rivestono la consulenza tecnica d'ufficio e le verificazioni⁴⁰⁰.

A ben vedere si tratti di strumenti che non sono propriamente mezzi di prova, ma mezzi di ricerca della prova, con cui si consente al giudice non solo di acquisire quelle conoscenze tecniche di cui è privo e rilevanti ai fini del decidere⁴⁰¹, ma altresì di ricostruire direttamente il fatto, con rilevanti conseguenti sul suo sindacato.

Tradizionalmente si sono distinti la verificaione e la consulenza tecnica d'ufficio sulla base di due ordini di considerazioni. Alcuni autori, seguiti dalla giurisprudenza anche più recente⁴⁰², hanno affermato che la prima ha carattere tendenzialmente

³⁹⁹ Tar Marche, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 37.

⁴⁰⁰ Sulla strumentalità tra consulenza tecnica d'ufficio e accesso diretto ai fatti M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit.: «L'introduzione della consulenza tecnica quale strumento di ausilio e supporto delle valutazioni del giudice al fine della composizione della lite risponde pienamente alla esigenza di un accesso diretto ai fatti da parte del giudice, non più mediato dalla ricostruzione che di essi sia stata fatta dall'Amministrazione».

⁴⁰¹ G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 34, secondo cui «i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, documenti o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. I mezzi di ricerca della prova attengono all'attività istruttoria primaria, i mezzi di prova a quella di istruzione secondaria, diretta appunto a verificare le affermazioni delle parti ed i fatti emergenti dalle prove precostituite che sono state acquisite al processo».

⁴⁰² Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2021, n. 2530: «La consulenza tecnica d'ufficio si differenzia dalla verificaione, in quanto la consulenza tecnica (art. 67 c.p.a.) si estrinseca in una valutazione - e quindi in un giudizio - alla stregua della discrezionalità tecnica. Il consulente non si limita cioè ad

ricognitivo di atti o accadimenti e riguarda solo l'accertamento dei fatti, ma non comporta valutazioni in senso proprio⁴⁰³, mentre la consulenza tecnica consisterebbe nell'acquisizione di un giudizio rispetto alla valutazione di elementi tecnici già acquisiti nell'istruttoria. Secondo altri, anche le verificazioni potrebbero avere carattere valutativo oltre che ricognitivo dei fatti e la differenza sarebbe un'altra: mentre la verifica viene affidata sempre a un organismo pubblico, così non è per la consulenza tecnica d'ufficio che può essere affidata a dipendenti pubblici, o, come avviene nel processo civile, a un professionista tra quelli iscritti negli albi dei consulenti, ovvero ad altri soggetti aventi particolare competenza tecnica nella materia in questione⁴⁰⁴.

Il differente contenuto dell'indagine istruttoria propria dei due strumenti spiega la ragione per cui nel processo amministrativo si è sempre guardato alla consulenza tecnica d'ufficio con una certa diffidenza e ancora oggi il suo concreto utilizzo si trova a fare i conti con i condizionamenti del passato⁴⁰⁵ e tra i due mezzi istruttori si è mostrato un certo *favor* per le verificazioni, che si risolvevano in «vere e proprie ispezioni locali e documentali»⁴⁰⁶ e pertanto sono state ritenute perfettamente compatibili con il principio di separazione dei poteri. Il timore era – e continua ad essere rappresentato – dal fatto che il consulente nominato dal giudice possa in qualche modo indebitamente sostituirsi all'amministrazione e alle sue valutazioni, mentre con la verifica si avrebbe la “garanzia” che l'indagine rimanga nella sfera

un'attività meramente ricognitiva e circoscritta ad un elemento o fatto specifico ma, utilizzando le proprie specifiche cognizioni tecniche, prende in carico situazioni ed oggetti complessi al fine di elaborare un proprio giudizio, e di conseguenza a rispondere al quesito ritenuto dal giudice utile ai fini del decidere con una soluzione tecnicamente idonea alla stregua di un “giudizio di valore”. Al contrario, la verifica, di cui all'art. 66, c.p.a., è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare, nella realtà delle cose, la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali».

⁴⁰³ Così C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 149 secondo cui «ciò che distingue la verifica dalla perizia è che, nella prima non si tratta di porre in essere un'attività valutativa, ma soltanto un'attività ricognitiva, tanto di elementi quanto di dati».

⁴⁰⁴ Così A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1263 ss. secondo cui «resta ferma la distinzione fra “verificazioni” e “consulenze tecniche”, ma essa non è distinzione di ambiti d'indagine o di contenuti».

⁴⁰⁵ E. Picozza, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 1998, 185 ss.; S. Spinelli, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm.* TAR, 2002, 10, 3272 ss.; A. Travi, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa?»*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss.; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit. Più di recente L.R. Perfetti, *Cerbera e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2020, 2, 428 ss.; F. Caporale, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 429 ss.

⁴⁰⁶ Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 13 ss.; negli stessi termini A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1287 secondo cui le verificazioni «possono consistere nella ispezione di documenti, di archivi, di luoghi, in accertamenti tecnici, nella assunzione di informazioni. Esse sono quindi in grado di fornire al giudice, attraverso la relazione che l'Amministrazione è tenuta a farne, tutti gli elementi che al giudice ordinario forniscono i mezzi di prova previsti dal c.p.c.».

di competenza dell'amministrazione, ancorché diversa da quella resistente⁴⁰⁷, tanto che in passato, enfatizzando quest'aspetto, non è mancato chi l'ha considerata addirittura «un supplemento di istruttoria amministrativa»⁴⁰⁸.

Se già nel regolamento del 1907 era prevista la possibilità per le sezioni giurisdizionali di richiedere all'amministrazione di eseguire nuove verificazioni⁴⁰⁹, solo nel 2000 è stata introdotta in via generale nel processo di legittimità avanti al giudice amministrativo la possibilità di disporre la consulenza tecnica d'ufficio. Prima di quel momento, infatti, le perizie erano ammesse solo nei casi di giurisdizione di merito ovvero in quei casi eccezionali – come quello dei ricorsi contro i provvedimenti di diniego delle concessioni edilizie⁴¹⁰ – espressamente previsti dalla legge, ma si ritenevano escluse nelle ipotesi di giurisdizione di legittimità⁴¹¹.

L'art. 63, comma 4 c.p.a. pare aver reso interscambiabili i due strumenti sotto il profilo funzionale («qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche»)⁴¹², tuttavia, rimane la previsione che la consulenza tecnica può essere disposta solo «se indispensabile»⁴¹³.

Nel giudizio con pieno accesso al fatto, almeno a parere di chi scrive, pur dovendone scongiurare l'abuso, non vi dovrebbero essere più ragioni per giustificare

⁴⁰⁷ L'art. 44 r.d. n. 1054/1924 inizialmente prevedeva che il giudice potesse ordinare «all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni».

⁴⁰⁸ Così C. Mignone, *I mezzi di prova in rapporto alle plurime giurisdizioni del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 11 secondo cui «a seguito dell'ordine di verifica, si dà avvio ad un procedimento amministrativo istruttorio, in cui l'impulso, anziché provenire da un privato o da altra autorità amministrativa, proviene dal giudice. Ciò permette di parlare ugualmente di «eteroiniziativa pubblica», essendo il giudice una pubblica autorità: si configura, insomma, un procedimento amministrativo per impulso giudiziario, il cui esito sarà riversato nel processo»; *contra* F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 157 ss.

⁴⁰⁹ Così art. 27, r.d. n. 642/1907.

⁴¹⁰ L'art. 16 della l. 10/1977 prevedeva che i tribunali amministrativi regionali «oltre i mezzi di prova previsti dall'articolo 44, primo comma, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, possono disporre altresì le perizie di cui all'articolo 27 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642».

⁴¹¹ Così M. La Torre, *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Aa. Vv., Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, III, 573 ss.

⁴¹² In giurisprudenza sulla distinzione tra verifica e consulenza tecnica d'ufficio tra le tante si veda Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7303: «Gli artt. 66 e 67 del D.Lgs. n. 104/2010, pur distinguendo tra la “verifica” e la “consulenza tecnica”, non precisano in che cosa consista la differenza, e in quali casi il giudice debba servirsi dell'una piuttosto che dell'altra. Il senso proprio delle parole lascia intendere tuttavia che la “verifica” consiste nella oggettiva ricognizione, constatazione e descrizione di stati di fatto (ad esempio: la misurazione della distanza fra due luoghi, la rilevazione dello stato di avanzamento di un'opera, l'analisi della composizione chimica di un prodotto, ecc.), mentre la “consulenza tecnica” consiste nella formulazione di un parere tecnico il quale, pur necessariamente basato su dati oggettivi, riflette il convincimento soggettivo e in qualche misura opinabile del suo autore. Sicché è logicamente accettabile che lo stesso quesito rivolto a due consulenti diversi riceva risposte altrettanto diverse, mentre lo stesso non si può dire della verifica».

⁴¹³ Negli stessi termini l'art. 19 c.p.a. stabilisce che «Il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, se indispensabile, da uno o più consulenti».

la passata ritrosia del giudice amministrativo⁴¹⁴ che, salvo rari casi⁴¹⁵, non disponeva la consulenza tecnica d'ufficio proprio per il rischio di rivalutare i fatti della controversia. Anzi, per quanto si dirà nel quarto Capitolo, quando il fatto è tecnico le esigenze di accertamento completo del fatto in uno con la verifica della fondatezza della pretesa, inizialmente più avvertite nelle materie di giurisdizione esclusiva che nelle altre, dovrebbero definitivamente prevalere sul timore di sconfinare nell'ambito riservato delle valutazioni tecniche dell'autorità amministrativa.

Il tema, che qui è affrontato in un discorso più ampio sull'istruttoria in rapporto all'accesso al fatto, è in effetti strettamente legato al tema del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche e alla sua evoluzione. Ne consegue che, se in passato l'esclusione trovava fondamento nell'esigenza di garantire la riserva dell'amministrazione⁴¹⁶, anticipando quanto si dirà, superate quelle motivazioni, l'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe andare di pari passo con la progressiva erosione della sfera discrezionale insindacabile della pubblica

⁴¹⁴ In passato la giurisprudenza prevalente escludeva l'ammissibilità nel processo amministrativo di legittimità della consulenza tecnica. Tra le molte si vedano Tar Lazio, Roma, 2 luglio 1980, n. 488; Tar Lombardia, Milano, 18 novembre 1983, n. 146; Tar Lombardia, Milano, 25 ottobre 1983, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422; Tar Sardegna, 22 novembre 1986, n. 693; Tar Calabria, 22 luglio 1987, n. 346; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; Tar Emilia Romagna, Bologna, 24 novembre 1992, n. 369; Tar Campania, Napoli, 26 aprile 1993, n. 51.

⁴¹⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 1997, n. 586: «La cognizione del giudice amministrativo non è limitata al c.d. sindacato esterno, inerente alla congruità e alla ragionevolezza delle valutazioni compiute dall'Amministrazione, ma si estende anche alla fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente in giudizio e quindi alla verifica della conformità dell'operato dell'Amministrazione rispetto alla norma. Ai fini di tale verifica il giudice amministrativo può disporre una consulenza tecnica, ancorché la vertenza attenga a un provvedimento che sia espressione di discrezionalità tecnica (nella fattispecie si trattava della verifica dell'anomalia di un'offerta per un appalto): l'ammissibilità della consulenza si ricava dal codice di procedura civile e dai principi sul processo affermati dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo», con nota di A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit. e di L.R. Perfetti, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit. Si vedano anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 aprile 1996, n. 463, con nota di O.M. Caputo, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 2982. Anche se con riferimento a un accertamento tecnico preventivo si veda Tar Toscana, sez. I, ord. 20 dicembre 1996, n. 783: «Nell'ambito della giurisdizione esclusiva sui rapporti di concessione di servizi pubblici, al giudice amministrativo spetta anche il potere di disporre misure di istruzione preventiva. Si è ritenuta, in particolare, l'ammissibilità di un ricorso che chiedeva un accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 696 c.p.c.», con nota di A. Police, *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, cit.

⁴¹⁶ Non sono mancate posizioni critiche di chi ha ritenuto insussistente un nesso di consequenzialità tra apprezzamento tecnico e inammissibilità di mezzi istruttori. C. Marzuoli, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi istruttori nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, 281 ss. Sul tema si veda altresì A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit., 576 secondo cui dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 146/1987 «non è più possibile sostenere che ogni elemento di giudizio inerente a valutazioni tecniche sia riservato all'amministrazione: l'introduzione della consulenza tecnica implica infatti proprio la possibilità di un apprezzamento di ordine tecnico del giudice amministrativo sulle valutazioni poste a fondamento di un atto dell'amministrazione. Assume invece maggiore concretezza l'esigenza di chiarire quali profili delle valutazioni tecniche possano o debbano essere riservate all'amministrazione».

amministrazione, ma soprattutto con la sua oramai quotidiana necessità di confrontarsi con elementi tecnici complessi⁴¹⁷.

Riprendendo le parole della nota pronuncia del Consiglio di Stato n. 601/ 1999, l'esperibilità della consulenza tecnica⁴¹⁸ «è strumentale al più completo accertamento del fatto», dunque se l'accesso al fatto, anche tecnico, è oramai pacifico, dovrebbero essere altrettanto indiscusse le ragioni di "indispensabilità" della consulenza tecnica d'ufficio.

Nel giudizio con accesso al fatto, la previsione del codice del processo diverrebbe così in astratto superflua⁴¹⁹, non essendovi motivi per dover precisare, peraltro in assenza di criteri chiari che finiscono con il limitarne sostanzialmente l'utilizzo, che la consulenza può essere disposta solo se indispensabile⁴²⁰.

Il giudice non dovrebbe essere tenuto a giustificare l'indispensabilità dell'assistenza di uno o più consulenti e l'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio dovrebbe essere valutata sulla base di quegli stessi criteri che nel processo civile precludono le perizie cd. esplorative⁴²¹, in quanto finalizzate a esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti o comunque a supplire alle carenze delle proprie allegazioni e deduzioni istruttorie⁴²². In altri termini, il giudice dovrebbe poter

⁴¹⁷ Sul rapporto tra riserva dell'amministrazione e valutazioni tecniche imprescindibile il riferimento a A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1266, secondo cui «l'ambito delle valutazioni tecniche riservate all'Amministrazione è stato esteso oltre modo (...) il carattere "riservato" di una valutazione di ordine tecnico non può rappresentare la regola generale (...) richiede sempre un fondamento specifico».

⁴¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁴¹⁹ Secondo C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss. secondo cui «se la consulenza tecnica d'ufficio è ammessa soltanto ove indispensabile, è evidente che il codice ipotizza che nella gran parte dei casi non vi sia necessità di superare la qualificazione del fatto compiuta dall'amministrazione e questo conduce inevitabilmente il giudice ad allinearsi su quanto l'amministrazione stessa in fatto asserisce. Occorrerà, perciò, eliminare l'espressione contenuta nell'art. 63, quarto comma del codice del processo amministrativo «se è indispensabile».

⁴²⁰ Non pare che il concetto possa coincidere con quello di indispensabilità per l'acquisizione di nuovi mezzi di prova e nuovi documenti in appello, su cui si F. Saitta, *Onori (?) ed oneri della "processualciviltà": Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1069 ss.

⁴²¹ Sulla consulenza tecnica nel processo civile si veda per tutti M. Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1988.

⁴²² Tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1039: «Nell'ambito di un giudizio amministrativo la consulenza tecnica non esonera la parte dall'onere di provare i fatti dedotti e posti a base delle sue richieste, i quali devono essere dalla stessa dimostrati in ragione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova, costituendo la detta consulenza non già un mezzo di prova, ma semmai un mezzo di ricerca della prova, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa ne impedisca una compiuta comprensione»; Cons. Stato, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 900: «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la stessa la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, con la conseguenza che non può essere utilizzata per esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, essendo legittimamente negata nel caso in cui la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati».

disporre la consulenza solo su principi di prova già dedotti dalle parti, ma a prescindere da un giudizio di astratta necessità che di per sé assiste qualsivoglia mezzo istruttorio e che rischia altrimenti di risolversi in motivazioni tautologiche e apodittiche⁴²³.

Anche per quanto riguarda il profilo funzionale pare venuta meno la ragione per differenziare la verifica dalla consulenza tecnica d'ufficio, in quanto non vi è motivo per categorizzare l'una o l'altra a seconda che la verifica abbia ad oggetto la sola comprensione del fatto o anche la valutazione della ragionevolezza della scelta e, riprendendo le parole di autorevole dottrina, se si cerca di capire in che cosa essi siano istituti diversi, il quadro risulta ancor «più frastagliato» di un tempo⁴²⁴. Anche al giudice non è, infatti, precluso in via assoluta un giudizio sulla valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione e l'esigenza di distinguere è venuta meno ancor prima che per il consulente per il giudice amministrativo. Non sono neppure più apprezzabili rilevanti differenze sotto il profilo procedurale⁴²⁵, soprattutto nell'ipotesi sempre più frequente in cui la verifica è affidata ad un'amministrazione differente da quella coinvolta come parte del giudizio ed è effettuata nel pieno rispetto del principio del contraddittorio⁴²⁶, consentendo alle parti non solo di assistere alle operazioni di verifica, ma altresì di nominare propri consulenti di parte e dando termine per osservazioni e rispettive repliche⁴²⁷. Né pare nei fatti giustificata la «snellezza, anche

⁴²³ Non sono mancate ordinanze nelle quali l'indispensabilità della consulenza tecnica è stata genericamente motivata con la necessità di «assicurare la completezza dell'istruttoria» (così tra le molte Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2016, n. 899; Cons. St., sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4745); ovvero «ai fini del decidere» (così Cons. St., sez. VI, ord. 4 marzo 2021, n. 1861).

⁴²⁴ Il riferimento è a A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1265.

⁴²⁵ Le uniche differenze consistono nel fatto che il verificatore non è scelto *ad personam* dal giudice, ma l'incarico è affidato a un'amministrazione pubblica nel suo complesso; il verificatore, inteso quale persona fisica individuata nei ranghi dell'amministrazione incaricata, non deve comparire davanti al giudice per il conferimento dell'incarico, non deve prestare giuramento e non è sottoposto al regime delle responsabilità proprie del consulente tecnico, sul tema R. De Nictolis, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Processo amministrativo. Formulario commentato*, a cura di R. De Nictolis, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, 907 ss., specie 936.

⁴²⁶ L'art. 66 c.p.a. non impone lo svolgimento delle operazioni di verifica nel contraddittorio tra le parti e il verificatore, risultando il contraddittorio processuale assicurato consentendo alle parti di prendere posizione sulla relazione di verifica, mediante il deposito entro i termini di legge di apposita memoria difensiva, con cui formulare le pertinenti osservazioni. Tra le molte sentenze sul tema si veda Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2017, n. 4848).

⁴²⁷ Sul rispetto del contraddittorio nelle operazioni di verifica si veda in particolare Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5843.

di forma e di accertamento»⁴²⁸, che viene talvolta invocata per spiegare il ricorso alla verifica piuttosto che alla consulenza tecnica⁴²⁹.

In definitiva, devono dirsi sostanzialmente superate le differenze con la verifica, tuttavia la consulenza tecnica d'ufficio è rimasta uno strumento residuale. Anche quando la controversia coinvolge questioni di carattere tecnico e la parti la richiedono, il giudice ne ipotizza l'adozione, ma poi il più delle volte definisce altrimenti la controversia⁴³⁰ o comunque ritiene non necessario disporla⁴³¹, preferendo chiedere chiarimenti alle parti o dando loro un termine per ulteriori memorie. Così facendo, i problemi di esame e comprensione del fatto tecnico vengono risolti dando prevalenza al consulente di parte più convincente, il più delle volte concludendo che non possono essere messe in dubbio le determinazioni dell'amministrazione, in quanto l'organo consultivo tecnico dell'amministrazione è comunque quello che è meglio in grado di cogliere le specificità tecniche della questione⁴³², ma raramente il giudice amministrativo, pur invocando un presunto accertamento dei fatti, dispone una consulenza tecnica d'ufficio.

Il tema sarà maggiormente approfondito nei prossimi capitoli, ma sin da ora è opportuno rilevare che nella giurisprudenza più recente, ancorché con riguardo a determinate materie, il giudice pare riconoscere insieme con una maggiore sensibilità nei confronti dell'accertamento del fatto tecnico, l'utilità della consulenza tecnica d'ufficio⁴³³. Si tratta per esempio dei giudizi sugli atti delle autorità di regolazione, in cui il giudice si avvale dell'apporto di un consulente per la valutazione dei criteri di

⁴²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2017, n. 4352: «La verifica, dunque, si distingue dalla CTU per una sua particolare snellezza, anche di forma e di modalità di accertamento dei fatti - il che giustifica la preferenza espressamente accordata dal Codice rispetto alla CTU - e rimettendosi al prudente apprezzamento del giudice, con riferimento al caso concreto, scegliere tra i due mezzi posti a sua disposizione». Nel caso di specie si trattava di accertare le condizioni per qualificare un'area di proprietà privata come boscata ed erano state disposte ben tre verificazioni: la prima effettuata dalla comunità montana che non aveva escluso che l'area potesse qualificarsi come boscata; la seconda effettuata da un organo regionale; la terza affidata al dipartimento di scienze forestali e ambientali dell'università che ha infine accertato la natura boscata dell'area.

⁴²⁹ Più in generale sull'allungamento dei tempi processuali come alibi per giustificare il mancato utilizzo dei mezzi istruttori nel processo amministrativo S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit.

⁴³⁰ Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: «Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verifica o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione».

⁴³¹ Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 434; Cons. Stato, sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Cons. Stato, sez. II, 7 gennaio 2021, n. 230; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 77; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

⁴³² Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 novembre 2013, n. 9394.

⁴³³ Sul tema S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit.; Id., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.

determinazione delle tariffe del servizio⁴³⁴ o del contenzioso in materia di accertamenti sanitari dei soggetti alle dipendenze della pubblica amministrazione, in cui non di rado vengono disposte consulenze volte al riconoscimento di una patologia come causa di servizio o all'accertamento dell'idoneità fisica dei partecipanti ad un pubblico concorso⁴³⁵. Se non che, anche in questi casi, il più delle volte la consulenza non pare finalizzata a un più profondo accertamento del fatto, bensì si risolve in una valutazione dell'attendibilità e ragionevolezza tecnica della voce tariffaria, della valutazione medica etc. e tende ad essere strumentalizzata per confortare il convincimento del giudice circa la non manifesta irragionevolezza del provvedimento emesso dall'autorità amministrativa⁴³⁶. In altri termini, ancorché in linea di principio si affermi che il giudice può legittimamente disattendere le considerazioni del consulente «attraverso una valutazione critica che sia ancorata alle risultanze processuali e risulti congruamente e logicamente motivata»⁴³⁷, il Giudice il più delle volte, per il solo fatto che le conclusioni del consulente sono di fatto confermate del giudizio al quale era pervenuta l'Amministrazione, giunge ad un giudizio di non manifesta erroneità, illogicità delle stesse.

Quest'ultima tendenza in uno con la specificità delle materie e delle questioni trattate sono tali che è non possibile affermare di essere giunti a un generale e definitivo cambio di passo⁴³⁸ e, ancora oggi, prevale la scarsa propensione del giudice

⁴³⁴ Tra le più recenti sugli atti dell'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico si vedano Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 731; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 768; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 732; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2021, n. 645; in dottrina sul tema specifico dell'utilizzo dei mezzi istruttori nei giudizi aventi ad oggetti i provvedimenti dell'Arera si veda F. Caporale, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit.

⁴³⁵ Tra le più recenti si vedano Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2021, n. 2541;

⁴³⁶ Così facendo, come correttamente rileva F. Caporale, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit. «si registra un'inversione della funzione di questo mezzo istruttorio: non è utilizzato per aumentare l'intensità del sindacato giurisdizionale, né per garantire l'effettività della tutela, né per configurare un sindacato «progressivo» sulla discrezionalità tecnica o per ripetere la valutazione tecnica o per sostituirsi all'amministrazione nella decisione, ma per sottoporre a un ulteriore controllo, ancora più attento, un provvedimento già apparentemente illegittimo».

⁴³⁷ Così Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65.

⁴³⁸ Si vedano Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 370 sul decreto di diniego dell'infermità per causa di servizio sulla base del parere del Comitato di verifica per le cause di servizio, che accogliendo l'appello rileva che in primo grado «non sono stati evidenziati quegli aspetti di errore macroscopico o di illogicità, ai quali la giurisprudenza ancora il sindacato di legittimità del giudice amministrativo» e soprattutto, ai fini che interessano, definendo il giudizio «alquanto apodittico (poiché non fondato su una CTU ovvero su un ragionamento tecnico scientifico articolato e riferito a letteratura scientifica validata)»; Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, ord. n. 8445 che nel disporre la consulenza tecnica d'ufficio rileva che «quando il tema, come nel caso di specie, involva l'esame di mercati specifici e di dinamiche economiche la cui prognosi è oggetto di business plan, il controllo di legittimità non possa scindersi da un approfondimento condotto con l'ausilio della scienza qualificata e specialistica di un consulente tecnico che, con equidistanza tra le opposte ricostruzioni, possa verificare la correttezza e verosimiglianza dei dati e la ragionevolezza tecnica delle prognosi sulla base di tali dati compiute»; Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, ord. n. 8427; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 102; Cons. St., sez. VI, 15 gennaio 2021, ord. n. 31 in sede di appello cautelare invita

ad utilizzare la consulenza tecnica d'ufficio, con inevitabili ricadute, ai fini che interessano, sull'accertamento pieno ed effettivo del fatto.

9. L'istruzione da mezzo a "presunto" ostacolo nell'accesso al fatto

Le osservazioni sin qui svolte sul metodo istruttorio e sui mezzi di prova nel processo amministrativo sul fatto non consentono di trarre conclusioni definitive, né chi scrive ha la pretesa di farlo.

A ben vedere, come anticipato sin dalle premesse e come si è tentato di dimostrare nelle pagine che precedono, non è forse neppure necessario giungere a delle conclusioni, in quanto almeno a chi scrive non pare che vi sia nulla da cambiare, né nulla da aggiungere al codice del processo amministrativo sotto il profilo dell'istruzione probatoria.

Il discorso muta radicalmente se si guarda all'istruzione per come concretamente si svolge⁴³⁹, in quanto davanti al giudice amministrativo l'istruttoria continua ad essere meramente documentale e come rilevato da uno dei massimi studiosi dell'istruttoria nel processo amministrativo, occorrerebbe una vera e propria «revisione dell'istruttoria»⁴⁴⁰.

A tal proposito, vi sono due ulteriori aspetti da considerare: da un lato, il codice del processo amministrativo, a differenza del codice di procedura civile, non prevede una fase propriamente istruttoria⁴⁴¹; dall'altro lato, il capo II stabilisce non del tutto chiare modalità di assunzione delle prove, che possono essere disposte sia dal Presidente o da un magistrato da lui delegato sia dal Collegio⁴⁴².

Il primo aspetto non sembra cogliere nel segno le problematiche dell'istruzione nel processo sul fatto, in quanto l'assenza di una vera e propria fase istruttoria e presunte istanze di celerità del processo non sembrano rappresentare le ragioni per cui il giudice amministrativo normalmente si astiene dall'effettuare attività istruttoria⁴⁴³. Anzi, pur con le cautele che un tale parallelismo, come già più volte

il giudice di merito a «valutare l'opportunità di disporre un autonomo accertamento tecnico, mediante verifica o consulenza tecnica d'ufficio, allo scopo di chiarire gli aspetti tecnici messi in rilievo».

⁴³⁹ R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit.

⁴⁴⁰ Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss.

⁴⁴¹ Secondo G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 16 più che di «fase istruttoria» è preferibile parlare di «momenti ai quali corrispondono determinate attività (...) è la specifica funzione svolta dall'istruttoria che rende possibile rilevare l'esistenza di distinte attività (e non già di «fasi») istruttorie nello svolgimento della vicenda processuale».

⁴⁴² Sul tema G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, cit., 213 ss.

⁴⁴³ In passato si era sviluppata la prassi della cd. udienza istruttoria nella quale venivano prese in considerazione le istanze presentate dalle parti.

evidenziato, richiede⁴⁴⁴, anche nel processo di cognizione davanti al giudice ordinario sempre più si ragiona sul rendere fisiologica l'assenza di un'autonoma fase di istruzione, quando la causa risulta di per sé matura per la decisione o con riguardo a determinate controversie per le quali la stessa non risulta necessaria. In altri termini, da un lato la presenza di una fase istruttoria non rappresenta di per sé la garanzia che il fatto venga effettivamente conosciuto, dall'altro lato pare illusorio pensare che si faccia "prima" non facendo istruttoria⁴⁴⁵.

Il secondo aspetto è invece più rilevante: raramente l'istruzione è anticipata e le misure istruttorie vengono disposte fuori dall'udienza dal Presidente o da un magistrato delegato, come previsto dal primo comma dell'art. 65 c.p.a.. Le prove vengono, infatti, tutt'al più disposte dal Collegio all'esito dell'udienza di discussione del ricorso⁴⁴⁶ con un inevitabile allungamento dei tempi per giungere alla decisione del ricorso, oltre che a un inutile sovrapporsi di memorie e repliche. Così facendo tanto i giudici, quanto le stesse parti continuano a mostrare una qualche diffidenza, o meglio una certa non confidenza, rispetto alle istanze istruttorie, che vengono generalmente avvertite più come un appesantimento del giudizio, che quale utile strumento di conoscenza del fatto.

In definitiva, nel processo sul fatto in cui non è più giustificabile, né tanto meno accettabile, che il giudice acceda al fatto senza effettivamente conoscerlo, sarebbe necessario un vero e proprio «mutamento di mentalità»⁴⁴⁷ non solo del giudice, bensì anche delle parti. Si è infatti soliti individuare nel giudice, in particolare quello di primo grado, il principale responsabile dei difetti dell'istruzione probatoria, ma si ritiene che il più volte stigmatizzato «atteggiamento culturale»⁴⁴⁸ del giudice amministrativo sia spesso alimentato da quello delle parti (in particolare dell'amministrazione) e dei loro difensori, che oramai abituate a un processo senza istruttoria, tendono a non attribuire

⁴⁴⁴ Per tutti M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea, M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 573 ss.

⁴⁴⁵ Così V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss., spec. 26 secondo cui «da un lato vi è l'esigenza di far presto dall'altro quella di far bene, ma è evidente come l'esigenza di far presto sia addirittura contraddetta dal non fare istruttoria. Se infatti in molti casi è vero che un'istruttoria sommaria può giovare alla rapidità, è altrettanto vero che un'istruttoria carente in casi ancora più numerosi aggrava i tempi del processo».

⁴⁴⁶ Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit. secondo cui «la rarità dell'attività istruttoria consegue anche alle modalità attraverso le quali la medesima può essere disposta (...). La proposta, perciò, è di ammettere la possibilità che l'attività istruttoria venga disposta al termine di apposite camere di consiglio, dedicate esclusivamente all'esame delle istanze di parte volte ad ottenere provvedimenti istruttori. Si tratta di integrare l'art. 65 del codice di rito, prevedendo, al secondo comma, la possibilità di una camera di consiglio espressamente dedicata all'attività istruttoria, e di modificare, di conseguenza, anche l'art. 87 che individua le ipotesi in cui la controversia può essere trattata in camera di consiglio».

⁴⁴⁷ Così C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit.

⁴⁴⁸ Parla di «disinclinazione giudiziale all'accertamento dei fatti (...) emblematica di un atteggiamento culturale ed, in senso lato, ideologico» F. Figorilli, *L'istruttoria nel giudizio amministrativo (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini, Torino, Utet, 2007, 594.

la dovuta attenzione alla prova dei fatti e al rispetto del riparto degli oneri probatori e delle conseguenti regole di giudizio, mostrando un generale disinteresse nei confronti dell'istruzione e confidando nel fatto che il giudice si allinei sulla loro posizione⁴⁴⁹.

In molti casi l'amministrazione rappresenta esattamente il fatto, in altri casi sono sufficienti i documenti depositati in giudizio, perché il fatto è semplice e non necessita di particolari conoscenze. In questi casi *nulla quaestio*. Ve ne sono tuttavia altri in cui la tutela è effettiva solo se il fatto è conosciuto dal giudice nel contraddittorio tra le parti⁴⁵⁰ ed eventualmente con l'ausilio di consulenti e la qualificazione della realtà di fatto compiuta dall'amministrazione nel provvedimento dovrebbe poter esser opportunamente superata, senza bisogno di ricorrere a una logica di indispensabilità o stretta necessità.

Tutto questo riesce allora meglio a spiegarsi nel caso di fatti complessi, di natura tecnica, rispetto ai quali risulta dirimente l'uso degli strumenti istruttori. Ai fatti tecnici sarà, pertanto, dedicato il quarto Capitolo e si dovrà ragionare non solo sullo stato attuale del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, per ribadirne i limiti, ma si dovrà altresì riflettere sull'atteggiamento dell'amministrazione rispetto alla tecnica e sulle sue inevitabili ricadute in processo.

⁴⁴⁹ M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 119: «il processo è giusto se è sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione, ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude».

⁴⁵⁰ Sul principio del contraddittorio per tutti F.P. Luiso, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328 ss.

CAPITOLO QUARTO

COGNIZIONE DEL FATTO TECNICO TRA CRITICITA' DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA E NUOVE PROSPETTIVE DEL SINDACATO SULLE VALUTAZIONI TECNICHE

SOMMARIO: 1. Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale. 2. – L'attività consultiva della pubblica amministrazione tra teorica necessità e perdita strumentalità. – 3. (Segue): alcune contraddizioni nel procedimento consultivo. – 4. Il sindacato sui pareri tecnici: alla ricerca di un'uniformità perduta. – 5. (Segue): il sindacato sui pareri vincolanti tra illegittimità propria, derivata e mera necessità. – 6. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: “deferenza” del giudice amministrativo o reale rischio di sostituzione?

1. Tecnica e diritto: risvolti processuali di un problema sostanziale

Nel corso delle pagine precedenti già è emersa la problematicità del ragionamento condotto sul fatto nel processo amministrativo con riguardo ai fatti complessi, di natura tecnica. Si è anche già accennato alla pervasività⁴⁵¹ della tecnica nell'azione quotidiana dell'amministrazione.

Ferme restando le considerazioni già svolte sul fatto nel processo amministrativo, sono dunque evidenti le ragioni di questo Capitolo. Se è in generale il fatto nel processo amministrativo l'oggetto centrale dell'analisi, merita particolare attenzione il fatto di natura tecnica, sia per la sua centralità sia per la sua problematicità.

Le amministrazioni sono, infatti, quotidianamente alle prese con un incremento della complessità dei compiti che sono chiamate a svolgere, dovuto in parte (e insieme) all'incalzante innovazione scientifica e tecnologica, alla rapida e globale diffusione delle conoscenze, più di recente all'emergenza sanitaria.

Al crescente bisogno di conoscenze tecniche e dunque di rinnovamento e di adeguamento dell'organizzazione dell'amministrazione, la stessa ha negli ultimi anni risposto inversamente con la progressiva emarginazione dei tecnici al suo interno⁴⁵². All'esigenza di “specializzazione” dell'amministrazione si è cioè nei fatti contrapposto un generale “impoverimento” tecnico dell'amministrazione e delle sue competenze specialistiche⁴⁵³.

⁴⁵¹ L'espressione è di S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.

⁴⁵² Sul tema si veda A. Varni, G. Melis (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999.

⁴⁵³ Sull'indebolimento dei corpi tecnici si vedano G. Melis, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 469 ss.; L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 479 ss.; G. Melis, *Culture*

Conseguentemente, il “problema” della tecnica⁴⁵⁴ e, ai fini che interessano nell’analisi condotta, del fatto tecnico, riguarda non solo la fase del processo, ma ancor prima quella del procedimento. D’altronde quando il fatto è tecnico, i profili di diritto sostanziale e quelli di diritto processuale si condizionano reciprocamente e se la dimensione processuale ha rappresentato tradizionalmente la dimensione principale della nozione di discrezionalità tecnica⁴⁵⁵, è proprio la natura tecnica dei fatti⁴⁵⁶ che

dei «tecnici» e amministrazione nell’Italia di ieri e di oggi, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.; A. Zucaro, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 303 ss.

⁴⁵⁴ Il tema sotteso è quello più ampio tra diritto e tecnica. Sul rapporto tra diritto e tecnica si vedano tra i molti N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.; N. Irti, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, Laterza, 2007.

⁴⁵⁵ La dimensione processuale della discrezionalità tecnica è sottolineata da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42 ss.; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.

⁴⁵⁶ Tra i moltissimi contributi sul tema si veda P. Lazzara, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2010, 146 ss., secondo cui «il tema si pone all’interno della più ampia relazione tra diritto e tecnica»; F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.: «la discrezionalità tecnica, per come assunta nel dibattito dottrinale, è invece fenomeno che non appartiene né al terreno delle certezze scientifiche, né al terreno delle certezze giuridiche. Occupa una zona grigia tra diritto e tecnica. Il suo carattere anfibiologico è dovuto al fatto che l’amministrazione applica una regola che, pur enunciata nella norma giuridica, non è, essa stessa, regola giuridica, ma non è neppure regola tecnica in senso proprio, dato che non deriva da una scienza esatta».

ha dapprima giustificato la definizione autonoma di discrezionalità tecnica⁴⁵⁷ e poi ha indirizzato la soluzione sul problema del relativo potere di valutazione⁴⁵⁸.

Il discorso non può, dunque, essere limitato a considerazioni relative allo stato attuale del sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione⁴⁵⁹, bensì dovrà essere oggetto di analisi anche il procedimento, con particolare riguardo all'atteggiamento dell'amministrazione rispetto alla tecnica. In una logica di *continuum* tra procedimento e processo⁴⁶⁰, quanto è avvenuto in procedimento ha, infatti, inevitabili ricadute nel processo (vedi *supra* Capitolo secondo, §2).

⁴⁵⁷ Gli autori che all'inizio del Novecento per primi si sono occupati delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione le hanno ricondotte, pur nella diversità delle ricostruzioni, all'ampia nozione di discrezionalità, coniando il concetto di «discrezionalità tecnica». Si vedano per tutti F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, Ristampa con note di aggiornamento, a cura di G. Miele, Padova, Cedam, 1960, 193 ss. secondo cui si ha discrezionalità tecnica quando la legge assume, come presupposto dell'atto amministrativo un fatto complesso, intendendo per tale quello suscettibile di una valutazione quantitativa in relazione al pubblico interesse: «spesso nel campo della pubblica amministrazione la sua attività è disciplinata da norme imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi, cioè suscettibili di un più o di un meno, da valutarsi in relazione all'interesse pubblico e il cui apprezzamento, per la ragione che si dirà, deve lasciarsi alla pubblica amministrazione stessa. Siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri. In questi casi si parla di discrezionalità tecnica: con questa espressione si vuole indicare, che la discrezionalità non è qui puro arbitrio, ma è determinata da criteri di tecnica amministrativa, da quei criteri che la norma giuridica suggerisce in relazione alle esigenze della pubblica amministrazione»; Id., *La competenza di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato e l'apprezzamento dei fatti secondo criteri tecnici* in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.; E. Presutti, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, Estratto dalla *Giur. it.*, LXII, 1910, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1910, 10 ss. secondo cui vi è discrezionalità tecnica in presenza di una «norma giuridica, che determina i limiti della potestà dell'amministrazione. Ma il diritto obiettivo dichiara che questo confronto fra l'atto e la norma giuridica per alcuni punti sfugge alla competenza degli organi giurisdizionali e spetta esclusivamente all'amministrazione (...) poiché anche qui vi ha insindacabilità, anche qui si deve parlare e si parla di discrezionalità. Ma qui la insindacabilità dipende non dal silenzio della norma giuridica (...) dipende invece da ciò, che il diritto obiettivo dichiara, per alcuni punti insindacabile»; O. Rannelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1912, 360 ss., spec. 369 secondo cui «non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità pura da una discrezionalità tecnica o tecnico-amministrativa (...) perché, lasciando da parte la parola «tecnica», la quale da sola non può esprimere propriamente questo concetto, la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa».

⁴⁵⁸ In tal senso C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., secondo cui la tecnica opera criterio risolutivo sia in termini di definizione dell'ambito sostanziale del fenomeno, sia in termini di elaborazione tecnica del regime giuridico riservato della discrezionalità tecnica.

⁴⁵⁹ Sul rapporto tra tecnica e amministrazione per una definizione del problema della discrezionalità tecnica si vedano V. Bachelet, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Aa. Vv.*, *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 245 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico- scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.

⁴⁶⁰ Sul punto si veda M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., secondo cui «esiste un collegamento inscindibile tra ciò che viene fatto nel procedimento (cioè l'istruttoria procedimentale) e ciò che viene controllato nel processo che ha ad oggetto la legittimità del

L'istruzione processuale, come già si è detto, rappresenta, peraltro, il secondo momento di acquisizione e ricostruzione dei fatti, perché già nel procedimento l'amministrazione compie, o dovrebbe compiere, le attività volte alla verifica della situazione fattuale. Conseguentemente, l'adeguata conoscenza del fatto tecnico dovrebbe rappresentare una prerogativa dell'amministrazione e degli organi consultivi di cui si avvale, non meno che del giudice in sede processuale.

Giunti a questo punto, nell'ottica di indagare la problematicità della conoscenza del fatto tecnico in una prospettiva più ampia, si impongono, dunque, alcune considerazioni sull'attività consultiva, per poi ragionare sulle potenziali ricadute sul sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche.

L'eccessiva ritrosia del giudice nell'utilizzo dei mezzi istruttori a sua disposizione rappresenta certamente un rilevante ostacolo all'adeguata conoscenza del fatto tecnico nel processo, ma quello che si tenterà di dimostrare è che non si tratta dell'unica criticità in materia. Anche le ultime modifiche legislative alla legge n. 241/1990 sono infatti evidentemente improntate alla logica del massimo contenimento dei tempi procedurali, in un sistema in cui l'attività consultiva, piuttosto che essere valorizzata nell'ottica di una effettiva conoscenza del fatto tecnico e di una decisione qualitativamente migliore, è al più "tollerata", ma generalmente compressa e talora addirittura compromessa⁴⁶¹.

Anticipando le conclusioni cui si giungerà, pare, cioè, che tanto nel processo quanto prima nel procedimento, per ragioni e per dinamiche differenti di cui si darà conto nel proseguo, il fatto tecnico non sia adeguatamente conosciuto. Si assiste, in altri termini, a una tendenziale mortificazione dei profili tecnici e con essi della complessiva qualità tecnica della decisione amministrativa.

A fronte della scarsa centralità accordata all'attività consultiva nella fase procedimentale, vi è da chiedersi se vi siano delle conseguenze in termini di dover essere sulla sua sindacabilità in processo, tali da garantire una, seppure parziale, presa in carico da parte dell'ordinamento dei profili tecnici della scelta amministrativa e delle sempre più numerose istanze tecniche di tutela.

Dopo aver delineato alcune delle principali contraddizioni che caratterizzano la fase consultiva, in particolare quella che consiste nel rilascio di pareri tecnici⁴⁶²,

provvedimento» essendo ormai «indiscutibile che il processo non è vicenda separata rispetto al procedimento, apparendo piuttosto il primo un'appendice di verifica di ciò che è stato fatto nel procedimento amministrativo».

⁴⁶¹ Sul punto si vedano M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Dir. Ec.*, 2019, 3, 27 ss., spec. 61.

⁴⁶² Va tuttavia precisato che l'attività consultiva non si esaurisce nell'attività volta a rendere pareri e che non in tutti i casi in cui viene emesso un parere si è in presenza di un'attività consultiva. Tra i molti sul tema si veda G. Correale, *Parere*, cit., che evidenzia come non esista «equivalenza tra funzione consultiva e parere, cosicché esistono pareri, cioè atti siffattamente denominati, che non sono espressione di funzione consultiva». Secondo la chiara ricostruzione di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 125 «non si deve confondere il dare pareri con l'attribuzione consultiva (come

vincolanti e non, l'analisi, dunque, non potrà che volgere lo sguardo alla rilevanza dell'attività consultiva nella fase processuale, per verificare se, nei casi in cui il parere tecnico sia stato reso e dunque la decisione, facendo proprie le regole tecniche applicate nella fase consultiva, si sia per così dire "tecnicizzata"⁴⁶³, il giudice conosca dell'attività consultiva svolta. Se così non fosse, si giungerebbe a un'inevitabile *impasse* in cui, il problema della compromissione della tecnica verrebbe semplicemente spostato dalla fase procedimentale a quella processuale, con indubbie ricadute sull'effettività della tutela e, più nello specifico, sulla complessiva (ir)rilevanza del fatto tecnico, ovvero dei profili tecnici della decisione amministrativa.

È certo che il ragionamento è fortemente condizionato dal tema del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica (*rectius*, sulle valutazioni tecniche)⁴⁶⁴, perché i criteri di sindacato sono gli stessi anche quando la decisione è preceduta dal parere di un organo consultivo, tema sul quale sarà consentita qualche breve riflessione, per evidenziare come, allo stato attuale, le categorie classiche siano rese sempre più incerte da un atteggiamento del giudice non univoco. Come verrà esemplificato nel quinto Capitolo, in alcuni casi (meglio ancora, con riguardo a determinate materie), prevale, infatti, una sorta di timore, forse eccessivo, del giudice e la tecnica funge sostanzialmente da limite del sindacato, alimentando l'impressione che il presunto rispetto di una non dichiarata riserva di amministrazione e l'invece dichiarata mancanza di cognizioni tecniche celino la consapevole esigenza di accordare prevalenza a certe sfere di interessi, per sacrificarne altre. In altri casi, invece, quella che, secondo gli insegnamenti tradizionali della dottrina e della giurisprudenza, dovrebbe rimanere una verifica della correttezza e ragionevolezza delle operazioni tecniche compiute manifestamente sconfinava in un inammissibile giudizio del giudice circa la condivisibilità o meno della decisione fino a giungere, in casi limite, ad un

invece spesso si fa), quest'ultima consistendo nel dare pareri in esercizio di un'attività specificamente definitiva come tale da norme».

⁴⁶³ L'espressione è di A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 164 che rileva: «questo processo di tecnicizzazione non darà origine ad una attività tecnica, quasi diversa e contrapposta a quella amministrativa, ma si limiterà a tecnicizzare in parte quest'ultima».

⁴⁶⁴ L'accostamento tra discrezionalità e discrezionalità tecnica può dirsi oramai pacificamente superato in dottrina. La categoria della cd. "discrezionalità tecnica" è considerata dai più una locuzione impropria e fuorviante, frutto di un «errore storico della dottrina» secondo alcuni (tra questi si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 56); di un «equivoco metagiuridico» secondo altri (in tal senso V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 37). La dottrina prevalente ha cioè ritenuto che le valutazioni tecniche non possano essere in alcun modo assimilate alla discrezionalità amministrativa e che si tratti di categorie del tutto disomogenee. Le valutazioni che devono essere compiute alla stregua di conoscenze specialistiche non possono considerarsi discrezionali in quanto non involgono scelte di opportunità né sono soggette ad alcun vincolo positivo. Non vi è cioè quella graduazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati che, come ha insegnato Massimo Severo Giannini (il riferimento è a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42) connota la discrezionalità in quanto tale, poiché il quadro degli interessi è già predeterminato dalla norma e il margine libero della valutazione corrisponde alla opinabilità delle valutazioni scientifiche.

giudizio addirittura di «maggiore attendibilità», con la conseguenza che la sfera dell'opinabilità dei parametri tecnici utilizzati rischia di sovrapporsi alla sfera dell'opportunità della decisione finale.

Il ragionamento si sposterà poi sull'istruzione probatoria. Sotto tale profilo, il riferimento non è tanto al complesso dei mezzi istruttori in sé, che per quanto già si è esposto nel terzo Capitolo dopo il codice del processo amministrativo non presenta particolari criticità, quanto all'utilizzo degli stessi⁴⁶⁵. In particolare, ai fini che qui interessano, gli strumenti probatori o ausiliari⁴⁶⁶ potrebbero (*rectius* dovrebbero) costituire gli strumenti indispensabili per l'acquisizione in processo di elementi tecnici complessi e, soprattutto nei casi in cui nel procedimento ci si è avvalsi dell'apporto di un organo consultivo tecnico, per controllare adeguatamente nel processo il vero contenuto di ciò che si è compiuto in procedimento.

Altrimenti, pur dovendosi dare per acquisita la «piena signoria sul fatto», anche sotto il profilo del suo contenuto tecnico⁴⁶⁷ da parte del giudice amministrativo, il processo amministrativo, per come è strutturato e per come concretamente si svolge, rischia di far emergere il fatto tecnico per come lo rappresenta a se stesso il giudice, non per come davvero è.

2. L'attività consultiva della pubblica amministrazione tra teorica necessità e perdita strumentalità

Sono numerosi gli studi sull'attività consultiva⁴⁶⁸ in cui costantemente emergono la difficoltà di darne una certa definizione e le variabili nelle quali si declinano e

⁴⁶⁵ Sulla resistenza del giudice all'utilizzo degli strumenti probatori a sua disposizione si vedano tra i molti S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, cit., secondo cui «le resistenze del giudice amministrativo nello sfruttare a pieno le proprie possibilità cognitive sono dovute, non a questioni di diritto positivo o di tecnica processuale, bensì a ragioni di ordine storico, ideologico e culturale, di come cioè il giudice percepisce se stesso ed il proprio ruolo all'interno del processo e nei confronti del potere pubblico».

⁴⁶⁶ Sul tema A. Travi, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?», in *Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss. secondo cui «il giudice amministrativo può e deve avvalersi della consulenza tecnica. Non può dichiarare infondata, né tanto meno inammissibile, la censura, solo perché comporta la necessità di approfondimenti particolari di ordine tecnico (...) La regola del giudizio è sempre la stessa: tutti i fatti controversi devono essere verificati, nel rispetto delle allegazioni e sulla prova, e tale regola non incontra eccezioni nella dimensione di ordine tecnico dei fatti. Altrimenti la giustizia «amministrativa» diventa qualcosa di diverso e minore rispetto alla «giustizia» senza aggettivi».*

⁴⁶⁷ Così F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*, 5 febbraio 2020; Id., relazione introduttiva al webinar “Dieci anni di Codice del processo amministrativo: bilanci e prospettive” organizzato dall'Università di Roma Tre (16 settembre 2020); si veda anche Id., *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 2, 140 ss.

⁴⁶⁸ Sull'attività consultiva si vedano P. Corso, *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942; F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944-1945; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974; G. Ghetti, *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974; G. Correale, *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 676 ss.; A. Travi, *Parere*

differenziano le diverse espressioni del concetto, condizionate dai procedimenti decisionali interessati, dagli assetti organizzativi e dalle competenze sottese al suo esercizio⁴⁶⁹. Molti hanno tentato di delinearne i caratteri distintivi rispetto alle altre funzioni tipicamente amministrative. Alle opere che hanno dato rilievo al profilo soggettivo e agli organi ai quali la legge assegna compiti consultivi, per rispondere al «bisogno – dell’organo al quale la funzione è attribuita - di conoscenze tecniche specializzate per il settore in cui agisce»⁴⁷⁰, si sono affiancate quelle che si sono concentrate sulla collocazione dell’attività consultiva nel procedimento⁴⁷¹. Nella diversità di contributi, di profili di interesse e di prospettiva di analisi, vi è però un dato comune: tutti concordano sulla natura, diversamente detta “ausiliaria”, “servente”, “necessaria”, ma comunque strumentale dell’attività consultiva rispetto all’attività decisoria⁴⁷², in quanto fisiologicamente e necessariamente volta «a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»⁴⁷³.

È proprio in virtù della riconosciuta strumentalità dell’attività consultiva, non solo giuridicamente, ma anche logicamente precedente all’attività decisoria⁴⁷⁴ che anche la giurisprudenza è arrivata a sostenere che l’atto dell’organo consultivo successivo alla decisione perderebbe la sua connotazione consultiva, per il solo fatto di essere successivo e, dunque, indipendentemente dalla possibilità dell’amministrazione decidente di rivedere il proprio provvedimento finale e di tener conto del consiglio

nel diritto amministrativo, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.; A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in Id., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1986, Milano, Giuffrè, 1999, 1175 ss. Più di recente S. Cassese, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 5 ss.; C. Barbatì, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁴⁶⁹ Così C. Barbatì, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 1.

⁴⁷⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 36 ss.

⁴⁷¹ Secondo alcuni l’attività consultiva, e in particolare il parere in senso proprio, si caratterizzerebbe per il fatto di inserirsi nella fase che precede la formazione della decisione ma successiva alla fase istruttoria, sul punto si vedano A. Travi, *Parere*, cit.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, 927 ss. spec. 1016 secondo cui «il parere introduce, nell’ambito del procedimento principale, una fattispecie sequenziale, che prende l’avvio dalla definizione dell’oggetto, prosegue con la richiesta operata dal responsabile del procedimento, continua con l’istruttoria svolta dall’organo consultivo, e si conclude con l’emissione dell’atto da parte dello stesso, in forma scritta ed adeguatamente motivato»; più di recente M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in *L’azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 523 ss., spec. 529, secondo cui il parere «pur formalmente collocato all’interno dell’istruttoria, è più propriamente, dunque anello di congiunzione tra la fase c.d. “istruttoria in senso stretto”, di acquisizione dei fatti e selezione degli interessi, e fase di assunzione della decisione»; tra coloro che sostengono che la fase consultiva sia parte di quella istruttoria, si veda V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, 416 ss.: «nei procedimenti più complessi, l’istruttoria si arricchisce di una fase autonomamente connotata, intesa ad una valutazione preliminare (o preparatoria in ordine al decidere) dei fatti e degli interessi in gioco: la fase consultiva. (...) Nell’ambito dell’istruttoria procedimentale si inserisce così, nei casi in cui la legge lo prevede, un procedimento consultivo».

⁴⁷² Sul carattere strumentale della funzione consultiva si veda in particolare A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, cit., 1777 ss.

⁴⁷³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 464 ss.

⁴⁷⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 124 ss.

reso⁴⁷⁵. È cioè indubbio, tanto da apparire quasi banale, che l'organo consultivo dotato di competenze tecniche fornisca (o – per quanto si dirà – dovrebbe fornire) un apporto necessario e strumentale all'organo competente a decidere, che di quella competenza tecnica è sfornito.

Vi è un'altra considerazione che non necessita di particolari dimostrazioni. A fronte del tendenziale impoverimento delle competenze tecniche dell'amministrazione, che storicamente ha rappresentato il catalizzatore degli uffici tecnici nei più svariati settori per il peso economico e organizzativo che la sperimentazione tecnica comporta, logica vorrebbe che l'organo, che non ha al suo interno gli strumenti per fronteggiare la cd. “pervasività” della tecnica, ponesse al centro della sua azione provvedimentale l'apporto dell'organo consultivo, ad essa fisiologicamente strumentale.

Invece, l'analisi del dato positivo e dei consolidati orientamenti giurisprudenziali evidenzia rilevanti contraddizioni, così che la centralità che tradizionalmente veniva riconosciuta all'attività consultiva viene ad essere per più motivi messa in dubbio nella prassi con probabili ricadute sulla qualità tecnica delle decisioni amministrative.

Tanto sotto il profilo organizzativo, quanto sotto il profilo dell'azione amministrativa, soprattutto a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo l'attività consultiva è stata, infatti, trascurata dal legislatore.

A tal proposito, con riguardo al primo aspetto, è sufficiente richiamare le prime misure di semplificazione organizzativa che, anche se con differenti modalità, hanno interessato a più riprese l'attività consultiva, non certo per valorizzarla ma con l'obiettivo, spesso esplicito, di limitarla attraverso la soppressione di organi consultivi (ad esempio art. 41, l. n. 449/1997; art. 96, d.lgs. n. 267/2000) e la drastica riduzione degli organi collegiali e, tra questi, primariamente degli organi consultivi (ad esempio art. 20, l. n. 59/1997; art. 9, d.lgs. n. 112/1998; art. 18, l. n. 448/2001). Al medesimo risultato conducono inoltre le diverse forme di silenzio-assenso (ad esempio art. 1, comma 18, l. n. 239/2004), la trasformazione di pareri obbligatori in facoltativi (ad esempio art. 17, d.lgs. n. 490/1999) o l'eliminazione della previsione di contributi endoprocedimentali consultivi (ad esempio art. 5, comma 2, d.lgs. n. 492/1998)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Cons. Stato, 10 gennaio 2020, n. 259 con riguardo al parere della Soprintendenza afferma: «Trattandosi, come ogni atto di natura consultiva, di determinazione diretta ad illuminare e sorreggere l'organo di amministrazione attiva nell'adozione di un provvedimento, il potere si consuma nel momento in cui l'amministrazione procedente ha adottato il provvedimento finale. Orbene, essendo l'autotutela, quale procedimento di secondo grado, espressione dello stesso potere esercitato nell'adozione dell'atto di primo grado, l'annullamento di ufficio, il ritiro ovvero la modifica del parere possono intervenire fino a quando l'organo di amministrazione attiva non abbia emanato il provvedimento finale. Superato tale momento, l'esercizio della funzione consultiva si è esaurito e, dunque, un nuovo esercizio della stessa può aversi solo quando l'organo consultivo risulti nuovamente compulsato dall'amministrazione procedente con richiesta di nuovo parere».

⁴⁷⁶ Sul tema M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 539.

3. (Segue): alcune contraddizioni nel procedimento consultivo

Vi è un ulteriore aspetto che testimonia la perdita di centralità dell'attività consultiva, pur a fronte della sua fisiologica strumentalità rispetto alla decisione finale.

Spostandosi dal piano organizzativo a quello della disciplina dell'azione amministrativa, sono, infatti, numerose le contraddizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo del 1990, che, sempre nell'ottica della celerità e nella compressione del tempo dell'agire, certo hanno concorso alla perdita di centralità dell'attività consultiva.

Nell'art. 16 del Capo IV della l. n. 241/1990, dedicato appunto alla semplificazione dell'azione amministrativa⁴⁷⁷, appare centrale il profilo temporale, più che quello funzionale, dei pareri resi dagli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni⁴⁷⁸, marcando l'accento sul termine per l'emissione del parere, nella versione originaria della norma non superiore a novanta giorni e nella versione attualmente vigente fissato addirittura in «venti giorni dal ricevimento della richiesta»⁴⁷⁹.

La norma è stata più volte modificata anche in ordine alle conseguenze derivanti dall'inutile decorrenza del termine e dai meccanismi di superamento dell'*impasse* procedimentale. Se fino al 2009 era rimessa all'amministrazione richiedente la scelta di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere, salvi i casi di pareri rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini, la l. 18 giugno 2009, n. 69 ha sul punto distinto i pareri obbligatori da quelli facoltativi. Nel primo caso, ha previsto che l'amministrazione «può procedere» e nel secondo, invece, che l'amministrazione «procede indipendentemente dall'espressione del parere», precisando che comunque il responsabile del procedimento è responsabile della sola richiesta di parere, non già

⁴⁷⁷ Su cui tra i molti V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.

⁴⁷⁸ In tal senso A. Travi, *Parere*, cit., 616 secondo cui la legge n. 241 del 1990 agli artt. 16 e 17 «non prende in considerazione globalmente le ipotesi di parere, ma detta una disciplina settoriale riservata ai “pareri” di “organi consultivi”».

⁴⁷⁹ Nella versione originaria l'art. 16, comma 1, prevedeva che: «Nei casi in cui debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo, questo deve emettere il proprio parere entro il termine prefissato da disposizioni di legge o di regolamento o, in mancanza, non oltre novanta giorni dal ricevimento della richiesta». Il comma 1 è stato così sostituito dall'art. 17, comma 24, l. 15 maggio 1997, n. 127: «Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri ad essi obbligatoriamente richiesti entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti di pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso». L'art. 8, comma 1, lett. a), l. 18 giugno 2009, n. 69, ha ulteriormente diminuito il termine prevedendo: «all'articolo 16: 1) al comma 1, primo periodo, la parola: “quarantacinque” è sostituita dalla seguente: “venti”; 2) al comma 1 sono aggiunte, infine, le seguenti parole: “che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta”».

degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione del parere da parte dell'organo consultivo⁴⁸⁰.

Il recente d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120⁴⁸¹, modificando il secondo comma dell'art. 16, ha uniformato la disciplina dei pareri obbligatori e di quelli facoltativi, prevedendo per entrambe le categorie che, in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione «procede indipendentemente dall'espressione del parere».

Si tratta di una modifica che pare ragionevole dal punto di vista sostanziale, dal momento che la distinzione tra parere obbligatorio e facoltativo non riguarda l'obbligatorietà o meno del rilascio (e dell'acquisizione) del parere, quanto la richiesta del parere, essendo dunque logico che la natura del parere non incida sull'attività procedimentale dell'amministrazione richiedente, successiva alla richiesta⁴⁸². L'aggettivo allude all'organo richiedente, non a quello adito, e quindi la natura obbligatoria o facoltativa può rilevare unicamente ai fini della responsabilità del soggetto che per legge è tenuto a richiedere un parere obbligatorio (e non lo fa) o che richiede un parere facoltativo sulla base di proprie valutazioni di opportunità nella conduzione del procedimento (magari del tutto irragionevoli)⁴⁸³. Una volta richiesti, non dovrebbero giustificarsi distinzioni tra i pareri facoltativi e quelli obbligatori né sotto il profilo della doverosità nell'emanazione del parere da parte dell'organo consultivo, né sotto il profilo del successivo agire dell'organo richiedente⁴⁸⁴. A parte il caso dei pareri obbligatori vincolanti (*infra* §5), quello che richiede la legge è, infatti, che l'amministrazione motivi la scelta di discostarsi dal parere richiesto, ma, anche

⁴⁸⁰ Sul procedimento consultivo si veda M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 52.

⁴⁸¹ L'art. 12, recante «Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241», al comma 1, lett. f), ha previsto che: «all'articolo 16, comma 2: 1) il primo periodo è soppresso; 2) al secondo periodo la parola: "facoltativo" è soppressa».

⁴⁸² Più nello specifico, nel caso di parere obbligatorio la legge prevede a carico dell'amministrazione decidente un onere procedimentale di assumere un consiglio di stampo tecnico-scientifico in vista dell'adozione di un provvedimento qualitativamente migliore, con la conseguenza che l'amministrazione li deve richiedere, a pena di illegittimità del provvedimento finale, anche se riferibili a procedimenti amministrativi identici nei quali l'organo consultivo si è già espresso. Sul punto si vedano M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 41.

⁴⁸³ L'art. 16 va letto alla luce dell'art. 1, comma 2, l. n. 241/1990 e l'ente nel valutare se richiedere un parere non richiesto dalla legge, deve verificare che il conseguente aggravamento del procedimento trovi giustificazione in «straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria». Si veda G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, Nel diritto, 2010, 414 ss.

⁴⁸⁴ Tra i molti si veda M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 543, secondo cui «attraverso la sollecitazione dell'organo consultivo l'autorità procedente rileva la necessità del contributo conoscitivo nel caso concreto, così consumando il suo potere di scelta in merito e autolimitandosi nelle proprie prerogative decisorie. L'amministrazione ha il dovere, acquisito il parere "facoltativo", di tenerne conto e di motivare al riguardo, essendo il medesimo un atto giuridico dagli effetti analoghi a quelli del parere obbligatorio».

quando il parere è obbligatorio, l'amministrazione, anche se sarebbe opportuno che ne tenesse conto⁴⁸⁵, non ha un obbligo di conformarsi al giudizio tecnico⁴⁸⁶.

Ciò che invece suscita perplessità è l'aver sostituito con quello che pare un obbligo di procedere senza il parere ("procede")⁴⁸⁷ l'originaria facoltà dell'amministrazione ("può procedere"), in contraddizione con il carattere funzionale del parere previsto per legge rispetto alla decisione finale. La novella, dunque, se pare in armonia con le ragioni della celerità del provvedere, costituisce una mortificazione generale della qualità tecnica della decisione, che, almeno a parere di chi scrive, meriterebbe particolare attenzione in un momento, qual è quello attuale dell' "emergenza" sanitaria, in cui il "quando" provvedere non può divenire alternativo al "come" provvedere.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, con riguardo al regime dei pareri facoltativi, una tale disciplina ha assegnato «carattere generale all'istituto dell'«accantonamento» – o del «prescindere» – del parere in ritardo»⁴⁸⁸.

Dal punto di vista teorico, invero, la previsione solleva almeno due ordini di questioni. In primo luogo, rischia di rendere un "fuor d'opera"⁴⁸⁹ quella norma che, in vista dell'adozione di un provvedimento qualitativamente migliore, accorda all'autorità che deve provvedere la possibilità (o l'obbligo) di avvalersi del consiglio di organo istituzionale. In secondo luogo, enfatizza le preoccupazioni in merito al generale "accantonamento" dell'attività consultiva, che, più che essere valorizzata come momento insostituibile e necessario di acquisizione di dati e conoscenze utili, continua ad essere compressa dal legislatore perennemente alla rincorsa del "mito del semplificare per legge"⁴⁹⁰ e il più delle volte compromessa da primarie esigenze di celerità del procedimento e di tensione verso il risultato.

⁴⁸⁵ L'obbligo di considerazione viene ritenuto l'effetto tipico del parere e ricondotto alle finalità di consulenza che si realizzerebbero con il parere, sul punto si veda A. Travi, *Parere*, cit., 606.

⁴⁸⁶ Secondo F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., 198 «va ancora rilevato che non è la natura facoltativa del parere a legittimare la più ampia libertà dell'organo decidente, anzi proprio la volontà nella richiesta del parere, traducendosi, per quello, in un evidente fatto di autolimitazione, rende difficile giustificare la possibilità di discostarsene (...) L'organo attivo, in pratica, non ritenendo di dover decidere da solo, richiede la collaborazione di altri organismi. Non è, quindi, agevole giustificare un provvedimento che disattenda *tout court* il parere liberamente richiesto, e bisogna andare molto cauti, sul terreno giurisdizionale, nel valutare le ragioni di tale divergenza. È per quest'ordine di considerazioni che si rivela la necessità, in questa ipotesi, di una congrua motivazione che dia conto delle ragioni sostanziali di quella divergenza».

⁴⁸⁷ In tal senso M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 41 sul regime che prima riguardava i soli pareri facoltativi, ma con considerazioni che possono essere estese ai pareri obbligatori: «nel caso dei pareri facoltativi ha invece statuito il dovere dell'ente decidente di procedere, in ogni caso, senza parere»; M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 544, parla di accantonamento «doveroso».

⁴⁸⁸ G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit.

⁴⁸⁹ L'espressione è di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 162 ss. che l'ha utilizzata con riguardo alla rilevanza giuridica dei pareri facoltativi.

⁴⁹⁰ Così A. Police, *Relazione in occasione del webinar "La legge 241/1990, trent'anni dopo"*, secondo cui la responsabilità degli studiosi è far comprendere al legislatore che le leggi non possono semplificare ciò che è complesso, né accelerare nel tempo ciò che non è comprimibile.

Il rischio è poi che, così ragionando, si giunga al paradosso di equiparare negli effetti al parere “accantonabile”, perché tardivo, il parere omesso e dunque non ritenere annullabile quella decisione che, seppure illegittima perché adottata senza il parere prescritto dalla legge, sia tempestiva⁴⁹¹, valutando cioè come del tutto irrilevante la patologica eliminazione di momenti in senso lato “istruttori” perché “dequotati” a meri vizi formali⁴⁹².

A margine di questa prima parte del discorso, sarà consentita un’ulteriore considerazione, che, ritagliando uno spazio al “come” provvedere, pur nella primaria esigenza del “quando” provvedere, in parte riesce ad attenuare quel paradosso e quelle preoccupazioni.

Il fatto che l’amministrazione proceda nei termini, ma «indipendentemente dal rilascio del parere», non esclude per ciò solo che la decisione finale sia legittima. L’amministrazione, infatti, nel “decidere in fretta”, potrebbe non aver “deciso bene”⁴⁹³ e il provvedimento finale potrebbe essere viziato per non aver considerato elementi e/o profili tecnici che l’organo consultivo avrebbe rappresentato e che l’amministrazione, carente delle competenze specialistiche necessarie, non è in grado di valutare. L’acquisizione del parere rappresenta (o dovrebbe rappresentare), come affermato da autorevole dottrina un elemento «essenziale perché il procedimento possa dirsi maturo per la decisione»⁴⁹⁴ e nei casi di particolare complessità tecnica la consulenza dell’organo consultivo un momento giuridicamente rilevante nell’assunzione di un provvedimento ragionevole. Lasciando quindi per un attimo da parte il profilo temporale, resta comunque il fatto che la valutazione effettuata dall’amministrazione potrebbe risultare carente sotto il profilo tecnico e dunque il provvedimento finale illegittimo⁴⁹⁵.

Per come però si è evoluto il giudizio sulla validità degli atti e l’imputazione dell’invalidità⁴⁹⁶, come anticipato nel secondo Capitolo (§4), la legittimità della scelta

⁴⁹¹ M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 59, che, nell’evidenziare come il legislatore abbia optato per una modalità di esercizio del potere consultivo improntata alla logica del massimo risultato, si chiede provocatoriamente se dal parere “tollerato” si debba un domani fare i conti con una «decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva».

⁴⁹² Sul tema della distinzione tra vizi formali e sostanziali si vedano tra i molti A. Police, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.; Id., *La cd. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi fra mito e realtà*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 145 ss.

⁴⁹³ Sul tema M. Occhiena, *L’incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e società*, 1998, 475 ss.

⁴⁹⁴ Così A. Travi, *Parere*, cit., 608.

⁴⁹⁵ L’amministrazione al più potrebbe ottenere l’imputazione delle spese del processo all’organo consultivo che non si è espresso nei termini.

⁴⁹⁶ In dottrina si vedano M. Dugato, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit.; R. Cavallo Perin, *Nullità e annullabilità dell’atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 551 ss.; Id., *La validità dell’atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 637 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 227 ss., M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013; A. Contieri, *Le nuove patologie della*

finale e la sua intrinseca ragionevolezza vengono valutate anche sulla base dell'istruttoria compiuta nel procedimento e dei risultati raggiunti, con la conseguenza che, come rilevato da autorevole dottrina, «possiamo avere una istruttoria idonea a sorreggere l'atto anche quando essa manchi di considerare elementi che l'amministrazione non aveva ragionevolmente la possibilità di acquisire»⁴⁹⁷. E tale potrebbe essere proprio il caso in cui la mancata acquisizione del parere sia imputabile non all'amministrazione che non l'ha richiesto⁴⁹⁸ o che ha adottato la decisione senza attendere il parere, ma all'organo consultivo che non l'ha reso nei termini⁴⁹⁹.

In un giudizio di piena conoscibilità del fatto che va oltre il mero controllo del rispetto delle norme e in cui rileva il modo in cui il rapporto è stato condotto, come anticipato, la irragionevolezza (*sub specie* di difetto di istruttoria) da parametro per la valutazione formale dell'eccesso di potere diviene indice “relativo”, che dunque non viene considerata di per sé, nella sua emersione oggettiva, ma nel complesso degli elementi, dei fatti e delle circostanze che in concreto hanno concorso a determinare un caso nella sua storicità⁵⁰⁰ e, anche di fronte a un'omissione di istruttoria non

funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, a cura di A. Romano, E. Casetta, F.G. Scoca, Padova, Cedam, 2007.

⁴⁹⁷ Così S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit. secondo cui «possiamo avere una istruttoria idonea a sorreggere l'atto anche quando essa manchi di considerare elementi che l'amministrazione non aveva ragionevolmente la possibilità di acquisire. Se emergono per effetto dell'apporto dei privati o per un qualunque altro motivo, più o meno accidentale, rilevano; se non emergono, o la mancata acquisizione dipende da una omissione non giustificabile, e allora si manifesta un vizio, oppure quella omissione non può essere portata a fondamento di un vizio di legittimità».

⁴⁹⁸ Tar Umbria, Perugia, sez. I, 29 luglio 2019, n. 411: «La mancata acquisizione del necessario parere dell'Azienda sanitaria ai fini della localizzazione di nuove farmacie comunali ex art. 11 d.l. n. 1/2012 incide sul corretto iter di formazione della discrezionalità dell'Amministrazione in modo che l'eventuale annullamento giurisdizionale passato in giudicato del provvedimento di individuazione rileva anche in sede di esercizio del potere di revisione ordinaria biennale delle sedi farmaceutiche ex art. 2 l. n. 475/1968, laddove tale vizio non può essere sanato ex post con la semplice acquisizione del parere mancante».

⁴⁹⁹ Così Tar Puglia, Lecce, sez. II, 13 giugno 2013, n. 1393: «In tema di istituzione di nuove farmacie, laddove uno degli Enti (nella specie l'Asl) deputati a rendere parere sulle proposte localizzative abbia omesso di pronunciarsi nel merito in mancanza di un elemento istruttorio ritenuto utile, la deliberazione comunale non è inficiata dalla mancata acquisizione preventiva del parere, dato che ciò è dipeso dai tempi ristretti dettati dal Legislatore, oltre i quali avrebbe dovuto provvedere la Regione in via sostitutiva».

⁵⁰⁰ Tra le molte Tar Liguria, Genova, sez. I, 26 febbraio 2014, n. 360: «Il parere della commissione locale per il paesaggio si rende necessario tutte le volte in cui venga in questione una valutazione di natura “discrezionale” circa la compatibilità paesaggistica di un intervento ex art. 167 comma 4 del d.lg. n. 42/2004, per esempio circa l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica. Diversamente, tutte le volte in cui la compatibilità paesaggistica debba essere negata per profili strettamente edilizi e sulla base di un “applicazione” vincolata della disposizione (per esempio, per interventi eccedenti la manutenzione, che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi, ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati), il parere in questione potrà essere legittimamente omesso, in ossequio al divieto di inutile aggravamento del procedimento amministrativo ex art. 1 comma 2 l. n. 241/1990. In ogni caso, il provvedimento di diniego di condono edilizio costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi applicazione, sicché l'omissione di un parere obbligatorio - che costituisce violazione di norma sul procedimento - è sanabile mercé l'applicazione dell'art. 21

imputabile all'amministrazione, non è escluso che il giudice valuti comunque legittima, perché intrinsecamente ragionevole, la decisione finale⁵⁰¹.

Mi parrebbe così confermata l'idea da cui è principiato il discorso della perdita di centralità dell'attività consultiva e più in generale dell'inadeguata conoscenza del fatto tecnico da parte dell'amministrazione, che non trova, per quanto si è detto e per quanto si dirà, nemmeno nel processo una effettiva risposta di tutela.

4. Il sindacato sui pareri tecnici: alla ricerca di un'uniformità perduta

Così delineate alcune delle contraddizioni procedurali che sconta la disciplina dei pareri, vale la pena volgere lo sguardo alla fase processuale, per verificare se, nell'ipotesi in cui il provvedimento finale sia preceduto dal parere dell'organo consultivo e venga impugnato, il giudice sia in grado di conoscere in concreto le ragioni tecniche alla base di quel provvedimento. Se così fosse, ancorché in processo, si recupererebbe la portata del fatto tecnico, che, per quanto si è detto, pare del tutto svilita in procedimento per effetto della rilevata perdita di centralità dell'attività consultiva e conseguentemente per la scarsa attenzione dedicata ai profili tecnici della decisione.

Dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato la natura endoprocedimentale del parere, per escluderne la diretta impugnabilità⁵⁰², così che la sindacabilità del

octies comma 2 l. n. 241/1990, allorché sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

⁵⁰¹ F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss., spec. 8, già rilevavano che «il vizio di illogicità presenta i suoi più attuali sviluppi nella fattispecie di “difetto di istruttoria o di ponderazione”. Al tradizionale ricorso alle figure sintomatiche – quali la rapidità con la quale l'Amministrazione ha espresso un parere o formulato la graduatoria di un concorso: Cons. Stato, sez. VI, 24 giugno 1975, n. 200, o il fatto di aver attribuito a tutti i concorrenti il medesimo punteggio in ordine ai titoli (vero e proprio mancato esercizio della discrezionalità: Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 1977, n. 187 – si accompagna infatti sempre più spesso la tendenza del giudice a verificare la completezza e accuratezza della ponderazione svolta dalla p.a., superando anche il formalistico riferimento al vizio della motivazione (v. *supra* 4.6.1.1.): cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1984, n. 734 (sull'illegittimità della destinazione a servizio pubblico di un immobile soggetto a vincolo d'interesse storico e artistico, deliberata in mancanza della previa acquisizione del parere della Soprintendenza ai monumenti)»; si veda anche E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 341 ss.

⁵⁰² In giurisprudenza, si vedano di recente *ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 619: «Non sussistono i presupposti per l'accoglimento di un'istanza cautelare proposta in sede di ricorso per l'annullamento di una nota resa dal Ministero della Salute alla Regione Lombardia, avente ad oggetto talune limitazioni allo svolgimento dell'attività di distribuzione all'ingrosso dei farmaci da parte di titolari di farmacia, risultando il ricorso appuntato avverso un parere reso con efficacia non vincolante la cui lesività, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, non può emergere ove disgiunta dall'impugnazione degli eventuali provvedimenti applicativi assunti da altre Autorità (quali ad esempio le Autorità Sanitarie Locali)»; Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61: «Il parere reso dall'Agcom nei procedimenti istruttori per pratiche commerciali scorrette — laddove la diffusione del messaggio avvenga attraverso un mezzo di telecomunicazione — ha carattere obbligatorio ma non vincolante, così che i vizi del parere endoprocedimentale non hanno autonomo

provvedimento diviene indirettamente espediente per la sindacabilità dell'attività consultiva svolta e gli eventuali profili di illegittimità del parere, si traducono nell'illegittimità del provvedimento finale nella parte in cui quell'apporto tecnico ha inciso sulla valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione precedente⁵⁰³. Anche quando il parere non viene impugnato unitamente alla decisione finale che ne recepisce il contenuto, l'assenza di un vero e proprio rapporto di presupposizione tra decisione e parere non impedisce infatti al giudice di conoscere dell'attività consultiva svolta. Per come è oggi impostato il processo amministrativo, si ribadisce che quanto è avvenuto nel procedimento viene controllato nel processo e, anzi, a fronte del rimeditato ruolo del fatto nel processo amministrativo, come anticipato, si può forse giungere ad affermare che in alcuni casi venga addirittura rinnovato il procedimento.

Pare così di doversi interrogare sull'adeguatezza del sindacato del giudice sul parere per come veicolato nella decisione amministrativa, alla luce dello stato attuale dell'ampio dibattito che da tempo coinvolge dottrina e giurisprudenza sul sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche⁵⁰⁴.

rilievo se non si trasferiscono al provvedimento definitivo»; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 dicembre 2013, n. 5631: «È privo di efficacia lesiva il parere del Comitato di Verifica per le Cause di Servizio, assumendo esso rilievo, secondo quanto evincibile dalla disciplina recata dal d.P.R. n. 461 del 2001 (artt. 11 e 14) e dall'art. 1081, d.P.R. n. 90 del 2010, che rinvia al procedimento di cui al d.P.R. n. 461 del 2001, unicamente ai fini dell'accertamento del nesso eziologico sussistente fra fatti di servizio ed infermità, laddove l'accertamento e la conseguente diagnosi delle forme morbose e la loro ascrivibilità a categoria è rimessa alle Commissioni Mediche. A ciò consegue anche l'inaffidabilità dell'impugnativa del parere de quo, per difetto di interesse a ricorrere».

⁵⁰³ Secondo A. Travi, *Parere*, cit., 612 «la possibilità di questa impugnazione (seppure nel contesto dell'impugnazione del provvedimento finale) dovrebbe comportare la necessità di una instaurazione del contraddittorio anche nei confronti dell'amministrazione che ha espresso il parere impugnato (...) invece nella giurisprudenza emerge la tendenza a richiedere come necessaria la notifica del ricorso solo nei confronti dell'autorità che ha emanato il provvedimento finale impugnato».

⁵⁰⁴ La bibliografia sull'argomento è amplissima. Senza nessuna pretesa di esaustività si rinvia ad alcuni dei più importanti contributi in materia, *in primis* quelli immediatamente successivi alla nota sentenza del Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, D. de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1180 ss.; L. Perfetti, *Ancora sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 2, 422 ss.; M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.; P. Lazzara, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.; A. Travi, *Nota a Cons. di Stato n. 601/1999*, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss. Ancora sul tema V. Bachelet, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, cit.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3165 ss.; G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990; G. Pelagatti, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 158 ss.; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 294; A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit.; V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998; M.E. Schinaia, *Il controllo del giudice sull'esercizio della discrezionalità della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1101 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007;

Non è questo il luogo per riflessioni sui criteri generali e sulle forme e i limiti del controllo giurisdizionale nel rapporto tra regola giuridica e regola tecnica⁵⁰⁵, dovendosi riferire della progressiva, oramai definitiva, estensione del sindacato del giudice amministrativo sui “fatti” che coinvolgono questioni di ordine tecnico⁵⁰⁶.

Si perdonerà dunque a chi scrive sia il passaggio nel ragionamento condotto per una tematica conosciuta e ampiamente sondata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia il fatto che la stessa sia trattata per sommi capi per comprendere se e in quale misura abbia riflessi sul ragionamento condotto.

Se, a partire dal 1999, non vi è dubbio che le valutazioni tecniche di carattere complesso o opinabile non costituiscano un campo precluso al giudice⁵⁰⁷ ed il suo sindacato può essere più stringente di quello esercitato sul potere discrezionale perché non si tratta di valutare il prevalere di un interesse su un altro ma più semplicemente la ragionevolezza della scelta tecnica applicata al diritto⁵⁰⁸, spesso i criteri di controllo

G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 ss.; G. De Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 513 ss.

⁵⁰⁵ Si vedano tra i molti C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.

⁵⁰⁶ Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387: «il giudice ha accesso diretto al fatto, anche quando è espressione di discrezionalità tecnica».

⁵⁰⁷ La decisione del Consiglio di Stato n. 601/1999 ha definitivamente superato le incertezze che in parte derivavano da quelle sentenze che continuavano ad affermare che la discrezionalità tecnica comportasse anche un «giudizio» e che ritenevano i giudizi tecnici in quanto complessi per ciò solo riservati all'amministrazione. Tra le molte si vedano Cons. Stato, sez. II, 15 marzo 1995, n. 2113; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 1996, n. 287; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1996, n. 380; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299. La motivazione delle sentenze è sempre la stessa: «sono giudizi aventi connotati di discrezionalità tecnica, per cui la relativa valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo». Sul solco della riforma legislativa che consentiva al giudice amministrativo di disporre la consulenza tecnica d'ufficio (anche se limitatamente ai processi di giurisdizione esclusiva riguardanti alcune materie), ha sancito la sindacabilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione e il dibattito successivo si è concentrato sulla natura cd. «forte» o «debole» del sindacato intrinseco. Sulla distinzione tra sindacato intrinseco «forte» e «debole» in virtù del ricorso o meno a cognizioni tecniche si veda G. Parodi, *Giudice amministrativo e «discrezionalità tecnica»*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di M. Bessone, R. Guastini, Padova, Cedam, 1995, 291 ss. spec. 308 e 310: «Il sindacato che chiamo intrinseco tende a verificare l'immunità di una valutazione tecnica da incoerenze e incongruenze *rilevabili* solo (anche se non, in concreto, *rilevate*) facendo ricorso a cognizioni tecniche non di comune esperienza. Un sindacato siffatto, nella sua forma più incisiva (sindacato intrinseco in senso forte) penetra nel nocciolo del problema tecnico; se esercitato invece nella sua variante più “debole”, rimane in superficie e non è suscettibile di far prevalere in sede processuale un giudizio tecnico difforme da, e alternativo a, quello dell'amministrazione, se non nei limiti del controllo di evidenza. (...) Il sindacato intrinseco in senso debole non è esercitabile se non alla stregua di conoscenze specialistiche, ma non riguarda questioni tecniche controverse. Il sindacato intrinseco in senso forte non può esercitarsi se non alla stregua di conoscenze tecniche o specialistiche, e riguarda questioni tecniche controverse (se effettivamente esercitato alla stregua di parametri tecnici, ciò che tuttavia è solo un'eventualità: definisco infatti intrinseco il sindacato *esercitabile* – anche se non, per ovvie ragioni, in concreto esercitato – solo sulla base di parametri tecnici o conoscenze specialistiche)».

⁵⁰⁸ F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.

applicati sono gli stessi utilizzati per la valutazione delle scelte discrezionali e il sindacato è limitato a un giudizio sulla ragionevolezza della motivazione, secondo il modello del sindacato sull'eccesso di potere. La tesi prospettata dal Consiglio di Stato, con più forza dal 2004⁵⁰⁹ e fino a tempi assai recenti, che rifiuta il sindacato estrinseco ed ammette la possibilità del giudice di verificare la correttezza della valutazione tecnica compiuta, raramente si traduce in un sindacato di «piena cognizione dei fatti oggetto di indagine», limitato alla manifesta illogicità o irrazionalità dei criteri tecnici utilizzati.

È tuttavia indubbio che oggi, quando vengono in gioco valutazioni tecniche, le categorie tradizionali rischiano di vedere sfumati i propri confini, apparendo prevalente la sensibilità per le esigenze legate alla materia rispetto all'attenzione per la coerenza di sistema⁵¹⁰. Il tema sarà ampiamente trattato nel quinto Capitolo, ma sin da ora può anticiparsi che il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione è un sindacato "a geometria variabile", non uniforme⁵¹¹ non solo in ragione dei diversi settori, ma anche per diverso orientamento dei giudici⁵¹².

In alcuni casi la valutazione della correttezza e ragionevolezza della decisione tecnica appare davvero vicina ad un giudizio circa la condivisibilità o meno di quella

⁵⁰⁹ Il riferimento è alla nota sentenza sui buoni pasto Consip Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926: «Il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'Antitrust non è un mero sindacato di tipo estrinseco, ma intrinseco, non incontrando alcun limite nell'accertamento dei fatti oggetto di indagine. Detto sindacato è definito "debole" poiché non ammette un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità. Con l'espressione "sindacato debole" non s'intende tuttavia limitare il potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Al contrario, con tale espressione s'intende solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, ove ritenga dette valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non può sostituirle con valutazioni proprie».

⁵¹⁰ In tal senso G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.

⁵¹¹ Sul tema si vedano C. Marzuoli, *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, Rimini, 1987, 634 ss.; N. Paoloantonio, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587 ss.; C. Videtta, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 4, 1185B ss.; G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss.; Aa. Vv., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Jovene, 2021.

⁵¹² Per esempio, sul sindacato delle valutazioni delle autorità amministrative indipendenti. Tra i molti che in dottrina si sono occupati del tema si vedano F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181 ss.; M. Clarich, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 11, 3858 ss.; M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 85 ss.; M. Filice, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 684 ss.; A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019; S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.

scelta e il confine tra sindacato sostitutivo e non sostitutivo è reso più incerto. È quanto avviene di frequente in materia di appalti, in cui la formula «fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica»⁵¹³ sembra per lo più di stile ed il giudice non si perita di maneggiare tecniche ed arti (costruzioni, materiali, *software*, sistemi analitici, sensori, *peacemaker*)⁵¹⁴. In altri casi, il piano della complessità tecnica viene confuso con quello dell'inadeguatezza della motivazione e alle parti è richiesto di dedurre «l'esistenza di specifiche figure sintomatiche dell'eccesso di potere» in quanto il sindacato resta tuttora ancorato al parametro della ragionevolezza tecnica⁵¹⁵. In altri casi ancora, il giudice si attesta su posizioni aperte. È il caso, ad esempio, dei concorsi in materie giuridiche, in cui il giudice, pur affermando di limitarsi a valutare la coerenza e la correttezza della scelta tecnica demandata all'amministrazione, sembra in verità applicare una sorta di scienza privata e operare personalmente la comparazione tra i candidati⁵¹⁶. Non mancano poi ambiti in cui il giudice si astiene dall'esame dei profili tecnici riservati all'amministrazione⁵¹⁷ fino a ritenere, con richiamo alla tradizione, il ricorso inammissibile per il solo fatto che comporta la necessità di approfondimenti tecnici⁵¹⁸.

Negli ultimi anni poi si è assistito in giurisprudenza ad una vera e propria evoluzione rispetto agli insegnamenti tradizionali sulle valutazioni tecniche, e, anche se motivando in virtù della specialità della materia o della particolarità della questione,

⁵¹³ *Ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2020, n. 3970; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2020, n. 3348; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 433; Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5129; Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4942; Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409; Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2615; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2981; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2016, n. 3701; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1168.

⁵¹⁴ *Ex multis* Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 75; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 17 febbraio 2020, n. 161; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 27 aprile 2020, n. 248; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2020, n. 306.

⁵¹⁵ È quanto avviene in materia di poteri di regolazione delle autorità indipendenti. *Ex multis* Tar Lazio, Roma, Sez. III, 15 giugno 2020, n. 6571; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 18 aprile 2019, n. 884; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014 n. 6153.

⁵¹⁶ Sull'itinerario della giurisprudenza in materia di concorsi universitari si veda A. Sau, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit.

⁵¹⁷ Tra le molte sentenze che in passato affermavano che «sono giudizi aventi connotati di discrezionalità tecnica, per cui la relativa valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo» si vedano Cons. Stato, sez. II, 15 marzo 1995, n. 2113; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 1996, n. 287; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1996, n. 380; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299.

⁵¹⁸ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058 ha annullato con rinvio al giudice di primo grado la sentenza del Tar che ha dichiarato inammissibile il ricorso sul mero rilievo dell'insindacabilità dell'attività valutativa: «tale motivazione, insufficiente e speciosa, è erronea e merita riforma poiché il giudice amministrativo, a fronte di censure tecniche numerose e particolarmente complesse circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, idonee a superare la c.d. prova di resistenza, non può trincerarsi dietro ad una declaratoria di inammissibilità delle stesse per l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo se non ha proceduto almeno ad un sommario, essenziale, esame delle stesse, nella misura in cui appunto le ritenga idonee a superare detta prova, un esame dal quale si evinca motivatamente che dette censure non disvelano un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatti».

il Consiglio di Stato è giunto a ritenere che quando il fatto storico è direttamente accertabile dal giudice e non mediato dall'apprezzamento dell'autorità, «al sindacato (non sostitutivo) di attendibilità» va sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità»⁵¹⁹.

Ancora più di recente, il Consiglio di Stato, in una controversia avente ad oggetto l'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitaria di prima fascia, è giunto ad affermare che, quand'anche il giudice debba «cimentarsi con saperi estranei alla sua area di competenza», il suo compito è quello di individuare la regola scientifica nel contesto di riferimento secondo il criterio del «paradigma scientifico maggiormente accolto»⁵²⁰.

L'approccio del giudice non cambia nell'ipotesi in cui nel procedimento l'amministrazione si sia avvalsa dell'apporto di un organo consultivo e il provvedimento su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi sia l'applicazione al caso concreto del parere tecnico reso. Anche in questo caso, infatti, il giudice alterna pronunce nelle quali si attiene al limite della manifesta irragionevolezza o illogicità del parere, e pronunce in cui assume legittima la rivalutazione delle scelte tecniche. Viene data scarsa importanza al coinvolgimento di organi tecnici appositamente individuati dall'ordinamento e, più in generale, alle modalità con cui si giunge alla decisione di natura tecnica, con l'effetto che il profilo della qualità della decisione e del com'è fatta

⁵¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust. In dottrina si veda F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 45 ss. Si tratta di una sentenza che rivoluziona il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa sull'estensione e i limiti del controllo giurisdizionale sugli atti emanati dall'Autorità antitrust. Tra le molte si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1167; Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3047. Sull'itinerario della giurisprudenza precedente in materia di antitrust si veda M. Filice, *La giurisprudenza in materia di antitrust e di tutela del consumatore*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 4, 525 ss.

⁵²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387 in materia di concorsi universitari: «I suindicati limiti dell'attribuzione del giudice, che impediscono che questi diventi fonte di nuovi saperi in campi esterni alle sue attribuzioni costituzionale, comportano una scelta praticamente obbligata tra i due maggiori modelli epistemologici vigenti. Se, infatti, non è immaginabile che in sede giudiziaria l'avvicinamento al fatto avvenga tramite un meccanismo di *trial and error*, appare inevitabile il ricorso al criterio del paradigma scientifico, dove il giudice può far entrare nel processo le assunzioni consolidate o almeno preminenti nella comunità scientifica di riferimento. Il tema quindi diviene quello del modo con cui il giudice si mette in contatto con la comunità scientifica di riferimento, quella da cui si traggono le indicazioni si 'opinabili' ma almeno condotte con la migliore conoscenza al momento possibile. In altri termini, non è al giudice, né tanto meno al suo ausiliario, che spetta la creazione della regola scientifica; ma è invece suo compito, eventualmente con il sussidio tecnico dell'ausiliario, quello di individuare la detta regola nel contesto della comunità di riferimento secondo il criterio del paradigma scientifico maggiormente accolto (per una applicazione concreta del metodo, Cons. Stato, VI, ord. 14 ottobre 2015 n. 4745)». Sulla stessa materia si veda anche la già citata Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, dove si giunge ad affermare che ci sono dei casi di insanabile frattura tra amministrazione e cittadino in cui l'ambito della "discrezionalità tecnica" «si è progressivamente ridotto sino a "svuotarsi" del tutto» e dunque il precedente giudicato «costituisce un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come "fatto" e non come "atto"» con nota di F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, cit.

la decisione apre la strada a una differenziazione nel sindacato potenzialmente ancora più ampia di quella che deriva da una differenziazione per settori.

In altri termini, l'ausilio dell'organo consultivo in procedimento non pare fungere da criterio uniformante del ragionamento condotto e l'analisi dogmatica, in definitiva, è utile solo in misura limitata e non può prescindere quanto meno da un'analisi settoriale, perché, anche continuando a ignorare le concrete modalità con cui si perviene al provvedimento finale, il sindacato non è uniforme, non solo tra settore e settore, ma anche tra giudice e giudice⁵²¹.

5. (Segue): il sindacato sui pareri vincolanti tra illegittimità propria, derivata e mera necessità

Le riflessioni fatte sul sindacato sui pareri in considerazione dello stato attuale del sindacato sulle valutazioni tecniche meritano qualche breve precisazione con riguardo alla categoria dei pareri di natura vincolante⁵²².

Il parere vincolante, infatti, è fonte non solo di un vincolo formale ma anche di un vincolo sostanziale⁵²³, in quanto impone all'organo attivo di uniformarsi espressamente a quanto disposto dall'organo consultivo nel parere, che viene così ad assumere una sorta di potere di veto sulla decisione.

⁵²¹ G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.; C. Marzuoli, *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, cit.; N. Paoloantonio, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, cit.; C. Videtta, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, cit.; G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, cit.

⁵²² Vi sono poi figure intermedie tra il parere vincolante e quello non vincolante, pareri cd. conformi e semivincolanti o parzialmente vincolanti, nei casi in cui la norma, pur non identificando un dovere incondizionato per l'autorità competente di uniformarsi al provvedimento, riconduce al parere un effetto preclusivo rispetto a taluni esiti del procedimento. Si veda in proposito l'art. 16, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 che richiede la deliberazione del Consiglio dei ministri per discostarsi dal parere: «Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, deve farsi constare dal decreto reale che è stato pure udito il Consiglio dei ministri». In dottrina si veda M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 43; A. Travi, *Parere*, cit., 607, secondo cui «risulta difficile ammettere una categoria intermedia fra i pareri vincolanti e quelli non vincolanti, perché le due categorie sono fra loro alternative. In presenza di un parere vincolante l'autorità competente a provvedere è tenuta a uniformarsi al parere: non vi è spazio, quindi, per alcuna sua valutazione (salvo che nell'ipotesi, molto controversa, del parere illegittimo)». Quanto ai pareri conformi, in dottrina a coloro che riconoscono la categoria E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 567; si contrappongono coloro che non li includono nelle ricostruzioni tassonomiche G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit.; P. Virga, *Diritto amministrativo – 2. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, 29 ss. Nella giurisprudenza più recente, peraltro, l'espressione è spesso utilizzata con il significato "su parere conforme", così *ex multis* Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 novembre 2020, n. 11645; Tar Lazio, Roma, sez. II, 29 ottobre 2020, n. 11122; Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 settembre 2020, n. 9925.

⁵²³ In tal senso F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, cit., 49.

La natura giuridica del parere vincolante è da sempre stata dibattuta in dottrina⁵²⁴ e a coloro che lo qualificano come atto decisorio perché l'amministrazione attiva non si può discostare dal suo contenuto⁵²⁵, si contrappongono coloro che ne ribadiscono i caratteri di mero atto preparatorio⁵²⁶; per alcuni il parere vincolante è più di un mero consiglio, assumendo i connotati di una vera e propria manifestazione di volontà⁵²⁷, secondo altri lo scopo del parere, anche quando vincolante, rimane quello di fornire un apporto tecnico sul caso prospettato, inquadrabile dunque nell'attività consultiva⁵²⁸. In ogni caso, anche ove si escluda che in presenza di un parere vincolante la fase decisoria sia anticipata a quella consultiva, sembra corretto l'assunto secondo cui l'organo consultivo «partecipa» alla funzione decisoria, incidendo in maniera determinante sull'assetto finale degli interessi⁵²⁹.

Quanto affermato ha rilevanti conseguenze di ordine processuale. Le posizioni divergenti in dottrina sulla natura del parere si ripercuotono infatti sulla possibilità di impugnare immediatamente e direttamente il parere vincolante illegittimo. Coloro che ritengono che il parere non abbia natura decisoria escludono che lo stesso sia autonomamente impugnabile perché insuscettibile di arrecare un pregiudizio⁵³⁰. Secondo i sostenitori dell'opposta tesi, il parere vincolante perde il carattere di strumentalità e produce anticipatamente gli effetti del provvedimento finale. È quanto sostenuto dalla giurisprudenza pressoché pacifica, che ripetutamente afferma che i pareri vincolanti sono suscettibili di incidere sulla sfera giuridica altrui e dunque sono dotati di autonomia rispetto al provvedimento finale, rilevando la necessità di un

⁵²⁴ Per un'analisi del dibattito sulla natura dei pareri vincolanti si rinvia a M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 533.

⁵²⁵ In tal senso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 127; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018, 194 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 419: «Si danno casi tuttavia in cui la legge dispone che determinati pareri siano vincolanti. Ciò significa che il loro contenuto valutativo non può essere successivamente disatteso dall'autorità decidente».

⁵²⁶ In tal senso A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 566, secondo cui il parere vincolante ha un contenuto «sempre e soltanto valutativo e non volitivo e decisionale» distinguendosi così dalle deliberazioni preparatorie.

⁵²⁷ A. Travi, *Parere*, cit., secondo cui «in ogni caso, la riconduzione del parere a una attività di tipo consultivo non sembra ragionevole, nel caso in cui tale parere debba istituzionalmente determinare il contenuto del provvedimento finale».

⁵²⁸ F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, cit., 119, secondo cui «anche nel caso di parere vincolante lo scopo, che attraverso il parere si intende raggiungere, è quello di fornire un atto giuridico o tecnico sul caso prospettato; il parere non cambia così la sua natura di giudizio o di apprezzamento».

⁵²⁹ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2020, n. 259 che, con riguardo al parere della Soprintendenza, ha affermato che «pur configurandosi il medesimo come una determinazione partecipe della funzione decisoria, nel senso che essa viene a determinare il contenuto del provvedimento finale, l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa restano un provvedimento monostrutturato, riferibile alla Regione o all'ente delegato e non anche alla Soprintendenza, il cui parere esaurisce i propri effetti nel momento in cui viene recepito, nella prescritta decisione "in conformità", adottata dall'Amministrazione competente».

⁵³⁰ In tal senso A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 567, secondo cui il parere vincolante non ha un contenuto decisionale e «determina un obbligo di conformarsi, non un obbligo di attuare una previa decisione altrui».

contraddittorio con l'organo consultivo che con il suo parere ha determinato l'esito del procedimento⁵³¹.

Vi è poi un altro aspetto rilevante ai fini che interessano. Si è consolidata la prassi secondo cui l'amministrazione procedente deve conformarsi al parere vincolante, ancorché illegittimo⁵³², con potenziali effetti sull'adeguata conoscenza del fatto tecnico.

Per il solo fatto che il parere vincolante è stato reso, infatti, in sede di procedimento l'amministrazione deve conformarsi allo stesso e, in giudizio, gli eventuali profili di illegittimità del parere e conseguentemente della decisione finale, sono spesso offuscati dalla circostanza che l'amministrazione non poteva far altro che recepire il contenuto del parere tecnico, ancorché illegittimo.

In questi casi, in cui il sindacato ha senza dubbio ad oggetto direttamente il contenuto del parere, la natura vincolante attribuita dal legislatore al parere rende recessiva ogni diversa valutazione espressa dall'autorità procedente ed è raro che il giudice si discosti dagli apprezzamenti compiuti dall'organo consultivo preposto a tutela di settori particolarmente sensibili. Le sentenze il più delle volte si limitano ad accertare il mero e doveroso rinvio al parere reso dall'autorità tutoria e la peculiarità dei giudizi in settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità, a discapito di un'effettiva conoscenza dei presupposti di fatto sottesi. È come se il parere dell'autorità preposta alla tutela fosse sostenuto da una sorta di presunzione di esattezza. Il giudice, in altri termini, si attiene ad essa non perché l'abbia verificata, anche dal punto di vista fattuale, con esito positivo, ma perché non efficacemente smentita.

Parrebbe, dunque, più corretto, anche ai fini di una più adeguata gestione del fatto tecnico, consentire all'amministrazione attiva di discostarsi dal parere illegittimo, motivando la scelta in ragione della sua illegittimità⁵³³, o quanto meno chiedere la rinnovazione del parere⁵³⁴, sulla scia di quella tesi che già in passato ha sostenuto che l'autorità competente in tali casi potrebbe non assumere il provvedimento finale e adottare un atto negativo⁵³⁵.

⁵³¹ *Ex multis* sul parere vincolante della Soprintendenza Tar Campania, Napoli, sez. VI, 7 novembre 2018, n. 6477: «idoneo ad incidere in via autonoma e immediata nella sfera giuridica dell'interessato, e a condizionare l'esito del procedimento, e quindi con l'impugnabilità *ex se* del parere medesimo quale presupposto autonomo della successiva decisione finale negativa».

⁵³² Tra le molte Tar Campania, sez. VI, 5 luglio 2017, n. 3607; Tar Liguria, sez. I, 8 giugno 2016, n. 579; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844; Tar Veneto, sez. II, 19 aprile 2015, n. 475.

⁵³³ C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 95; M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 45 ritengono che «l'amministrazione richiedente, motivando in ordine ai profili di illegittimità del parere, possa – *rectius*, debba, al fine di scongiurare l'illegittimità consequenziale del provvedimento amministrativo finale adottato sulla base del parere viziato – disattenderlo».

⁵³⁴ Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1993, n. 671.

⁵³⁵ P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, 116. Secondo A. Travi, *Parere*, cit., 606 «questa soluzione, però è possibile solo rispetto a certi procedimenti (si pensi, per esempio, al procedimento per un appalto-concorso, nei casi in cui l'amministrazione competente può evitare

Peraltro, pare doveroso aggiungere che ragionando altrimenti, si configurerebbe un chiaro *vulnus* al diritto di difesa del privato, che si vedrebbe costretto a intraprendere un giudizio per il semplice fatto che all'amministrazione è precluso ovviare al vizio del parere discostandosene o chiedendo all'organo consultivo di agire in autotutela di fronte a illegittimità magari palesi.

Queste considerazioni sono rafforzate da un ulteriore dato. Se il parere vincolante è reso tardivamente, spirati i termini posti dalla norma, secondo la giurisprudenza amministrativa perde il suo carattere di vincolatività, divenendo liberamente valutabile dall'organo di amministrazione attiva (che quindi può discostarsene)⁵³⁶. Il parere vincolante, anche per coloro che ne sostengono la natura decisoria, per effetto del decorso del termine riassume la natura di consiglio⁵³⁷, con le caratteristiche di stretta "necessarietà" sopra evidenziate.

Da un lato, dunque, il tempo non determina la consumazione della potestà in capo all'organo consultivo, che può comunque esprimersi in merito all'istanza sottoposta al suo esame⁵³⁸. D'altro canto, decorso infruttuosamente il termine previsto dalla legge, l'amministrazione preposta al rilascio del titolo deve sorreggere il proprio provvedimento negativo con una motivazione autonoma, che tenga conto di tutte le circostanze che caratterizzano il singolo caso concreto, senza poter uniformarsi pedissequamente al parere vincolante reso tardivamente.

Se dunque si accogliesse la tesi secondo cui dal parere vincolante l'amministrazione non si può discostare, si giungerebbe al paradosso per cui mentre il ritardo dell'organo consultivo giustifica il potere (dovere) dell'amministrazione di motivare autonomamente il provvedimento finale e dunque di discostarsi dal parere, il vizio, anche quando palese, di un parere vincolante reso nei tempi è irrilevante e l'amministrazione è obbligata a conformarsi (costringendo il privato leso a fare ricorso e l'amministrazione a difendersi)⁵³⁹.

di far propria la valutazione della Commissione giudicatrice e può quindi non procedere all'aggiudicazione). Non è possibile o non è utile, invece per altri procedimenti, come quelli su istanza di parte, per i quali il dissenso rispetto al parere vincolante non può di per sé giustificare un diniego ad assumere la decisione».

⁵³⁶ Tra le molte Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 aprile 2021, n. 524; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 2 aprile 2020, n. 262; Tar Campania, Napoli, sez. III, 3 settembre 2018, n. 5317; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 20 dicembre 2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3561.

⁵³⁷ Così M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, cit., 58.

⁵³⁸ Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2016, n. 1613: «il termine perentorio per il parere della Soprintendenza non riguarda il potere ma l'obbligo di concludere la fase procedimentale».

⁵³⁹ Altra questione è quella relativa all'applicabilità nella fattispecie in questione dell'ipotesi di silenzio assenso orizzontale ex art. 17-bis, sul tema in dottrina G. Piperata, *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli, Torino, Giappichelli, 2021, 294 ss.

6. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio nella cognizione del fatto tecnico: “deferenza” del giudice amministrativo o reale rischio di sostituzione?

In un quadro giurisprudenziale così articolato e disomogeneo, in cui i limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche (e indirettamente sull'attività consultiva svolta) rischiano di divenire “autoreferenziali”⁵⁴⁰, occorre dunque individuare altri strumenti per ridare centralità al fatto tecnico in quanto tale, non nelle sue infinite variabili.

I conoscitori pieni del fatto e della pressoché libera riedizione del procedimento in processo potrebbero pure ritenere di prescindere dall'analisi del parere, ma per i più conservatori pare invece che non si possa ignorare il problema di un'adeguata presa in carico da parte del giudice della questione tecnica e che dunque il parere, quando reso e indipendentemente dalla sua natura vincolante, rappresenti una parte determinante della decisione.

Nell'analisi della decisione, cioè, il fatto che sia stato acquisito un parere (e che sotto il profilo soggettivo sia stato coinvolto un organo consultivo), potrebbe anche essere considerato o divenire una questione interna all'amministrazione, purché il giudice si mostri dotato delle competenze tecniche necessarie per la valutazione della scelta tecnica compiuta in procedimento con l'ausilio di un organo consultivo.

L'istanza di adeguata presa in carico dei profili tecnici della decisione, potrebbe trovare risposta, se non in una formalizzazione della fase istruttoria analoga a quella che caratterizza il processo ordinario di cognizione, che per quanto si è detto (Capitolo terzo, §9), non risulta risolutiva, almeno in un uso effettivo dei mezzi istruttori a disposizione del giudice⁵⁴¹.

In particolare, venendo in rilievo questioni tecniche, dovrebbe ritenersi imprescindibile l'ausilio della consulenza tecnica d'ufficio, che, invece, ancora oggi⁵⁴², come già rilevato (Capitolo terzo, §8), si trova a fare i conti con i condizionamenti e

⁵⁴⁰ L'espressione è di G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000*, n. 205, cit. che rileva: «i limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione oggi sono essenzialmente “autoreferenziali”: in definitiva, il giudice amministrativo decide così perché è lui stesso che dispone in ordine all'oggetto e alle modalità del sindacato».

⁵⁴¹ Sull'importanza dei mezzi istruttori per l'effettività del controllo giudiziario si veda A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, cit.; L. Perfetti, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, cit.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, a cura di F. Caringella, M. Protto Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000*, n. 205, cit.; F.G. Scoca, *Spigolature sulla riforma del processo amministrativo*, cit.

⁵⁴² E. Picozza, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, cit.; S. Spinelli, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, cit.; A. Travi, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?», cit.; M.A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, cit.. Più di recente L.R. Perfetti, *Cerberò e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit.; F. Caporale, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, cit.*

le diffidenze del passato e con i tradizionali limiti dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo.

Poiché è oramai pacifico che il giudice amministrativo si confronti con il fatto tecnico, lo scarso utilizzo della consulenza tecnica è significativo sotto vari punti di vista.

Se in passato, fatto tecnico, riserva di amministrazione e inammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio andavano di pari passo, e, accertata la natura tecnica della questione, la stessa era ritenuta di dominio dell'amministrazione e conseguentemente si escludeva che il giudice, e il suo consulente, potessero prendere posizione sulla stessa. In altri termini, l'istruttoria era ritenuta appannaggio dell'amministrazione e l'esclusione della consulenza tecnica era legata più alla natura riservata delle valutazioni tecniche, il cui ambito era stato «oltremodo esteso»⁵⁴³, che alla natura propriamente tecnica del fatto.

Oggi la natura tecnica del fatto non comporta in automatico che il potere sia riservato all'amministrazione e il giudice amministrativo si confronta quotidianamente, solo per fare alcuni esempi, con la posizione di un'impresa in una certa situazione di mercato; con la dipendenza di un'infermità da uno specifico fattore di rischio; con la compatibilità di un manufatto rispetto ai valori paesaggistici di una determinata zona; con il valore estetico di un bene su cui è stato apposto un vincolo culturale; con la qualità di una fornitura di macchinari in rapporto ai requisiti previsti in un bando di gara. Anche a voler ammettere un certo, ancorché discutibile, automatismo tra fatto tecnico, riserva di amministrazione e inutilizzabilità della consulenza tecnica d'ufficio, lo stesso dovrebbe dirsi oramai definitivamente superato e dunque, nella misura in cui pare doversi escludere un nesso di necessaria consequenzialità tra riserva di amministrazione e fatto tecnico, non vi sarebbero più valide giustificazioni per ritenere inammissibile l'ausilio di un consulente tecnico.

Il giudice, a differenza che in passato, non pare più ignorare le questioni tecnico-scientifiche oggetto di controversia. Eppure, in giudizio anche quando viene prospettata la necessità di una consulenza tecnica, perché l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, si finisce con ritenerla superflua⁵⁴⁴ e continua a prevalere il ricorso alla scienza privata del giudice⁵⁴⁵,

⁵⁴³ Il riferimento è a A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., secondo cui «lo spazio delle valutazioni riservate all'Amministrazione è molto più limitato. Il carattere «riservato» di una valutazione di ordine tecnico non può rappresentare la regola generale, proprio perché si risolve nell'assegnazione all'Amministrazione di una posizione di «potere» nei confronti del cittadino. Di conseguenza richiede sempre un fondamento specifico».

⁵⁴⁴ Tra le più recenti Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 439; Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2021, n. 434; Cons. Stato, sez. II, 13 gennaio 2021, n. 420; Cons. Stato, sez. II, 7 gennaio 2021, n. 230; Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 77; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2020, n. 8492; Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

⁵⁴⁵ Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349: «Occorre premettere che l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le

che, per quanto meritevole, non pare la soluzione migliore ai fini di un'adeguata conoscenza del fatto tecnico⁵⁴⁶.

Soprattutto nei casi, che sono stato oggetto di approfondimento nel presente Capitolo nei quali in procedimento l'amministrazione si sia avvalsa dell'ausilio e dell'apporto di un organo consultivo, l'esclusione della consulenza tecnica, oltre ad assegnare un ruolo preponderante al giudice anche sul piano tecnico, sull'assunto che sia in grado di apprezzare totalmente la controversia, finisce con l'attribuire alla valutazione del fatto da parte dell'organo consultivo una sorta di attendibilità privilegiata. La verifica del fatto tecnico, infatti, dovrebbe essere operata in giudizio almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità, con le competenze necessarie per rinnovare o quantomeno ripercorrere le valutazioni e gli apprezzamenti dei fatti compiuti dall'amministrazione in fase procedimentale con l'ausilio e l'apporto di un organo consultivo⁵⁴⁷.

Se così non è, il sindacato si riduce ad un sindacato meramente "sintomatico"⁵⁴⁸, perché non assicura la corrispondenza con la realtà dei fatti e non può che essere di modesta utilità sotto il profilo della tutela, non solo del singolo cittadino ma, in definitiva, anche delle amministrazioni che sono evocate in giudizio.

Emblematiche sotto tale profilo sono le controversie che hanno ad oggetto i pareri della Soprintendenza per la tutela dei beni culturali e del paesaggio e le relative autorizzazioni⁵⁴⁹.

quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti. Non di meno ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione».

⁵⁴⁶ Si vedano le recenti sentenze in materia di sindacato sugli atti dell'Autorità di regolazione dei trasporti Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2021, nn. 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 276.

⁵⁴⁷ Sul tema già A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico- scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit.

⁵⁴⁸ In tal senso F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, cit., 123.

⁵⁴⁹ Sul tema tra i molti S. Civitaresse Matteucci, *Art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, il Mulino, 2007, 593 ss.; M.R. Spasiano, *Art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2019, 1306; A. Angiuli, *Commento all'art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, Torino, Giappichelli, 2005, 390 ss.; D. Sandroni, *Commento all'art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, coordinato da R. Tamiozzo, Milano, Giuffrè, 2005, 695 ss.; G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3; G. Sigismondi, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 2016, 3; P. Carpentieri, *Semplificazione e tutela*, in *Aedon*, 2016, 3; F. Cortese, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3; Id., *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 40 ss.; A. Calegari, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.; M. Corti, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 524 ss.; V. Parisio, *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.; P. Marzaro, *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 423 ss.;

Il giudice amministrativo è fermo nel ribadire che il parere vincolante della Soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 è espressione di una valutazione tecnica, che, se negativo, deve dar conto delle effettive ragioni di contrasto tra l'intervento progettato e i valori tutelati con il vincolo⁵⁵⁰ e che, dunque, non sfugge al sindacato di legittimità per eccesso di potere, ove si riscontrino profili di difetti di motivazione, manifesta illogicità ed errori di fatto⁵⁵¹. Non vi è dubbio che sia di esclusiva competenza dell'autorità preposta alla tutela del vincolo l'apprezzamento della compatibilità di un dato manufatto con gli interessi sottesi al vincolo insistente sull'area oggetto di intervento⁵⁵², tuttavia, la nomina di un consulente consentirebbe al giudice di conoscere gli elementi di fatto, sottesi a quell'apprezzamento, invocati dall'amministrazione a sostegno del diniego dell'autorizzazione e contestati dal privato.

Sotto tale profilo, merita di essere segnalata una decisione del Consiglio di Stato, che, oltre che l'originalità della vicenda, si caratterizza per la inconsueta rilevanza data dal giudice amministrativo al fatto e al "sapere tecnico"⁵⁵³. All'origine del caso vi era la legittimità del provvedimento con cui la Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia, in base alla relazione della Soprintendenza per il patrimonio storico artistico di Bari, aveva dichiarato l'interesse culturale di una statua lignea raffigurante una Madonna, conservata nella chiesa di un piccolo centro pugliese, di per sé di non grado pregio artistico, ma con un rilevante valore devozionale per la popolazione del luogo, che ne venerava il particolare sguardo. Durante un restauro sotto la supervisione della Soprintendenza lo sguardo salvifico della Madonna era

G. Cartei, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss.

⁵⁵⁰ Tra le più recenti Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 9 agosto 2021, n. 220; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 23 luglio 2021, n. 1099; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2515.

⁵⁵¹ Sul tema L. Casini, "Giochi senza frontiere?": *Giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 914 ss.

⁵⁵² Un discorso a parte meriterebbe il tema del sindacato sui provvedimenti di vincolo, come la dichiarazione di interesse culturale o quella di notevole interesse pubblico, soprattutto in termini di ragionevolezza e proporzionalità, sia con riguardo al vincolo in sé considerato, sia sulla estensione dello stesso (tra le molte si vedano Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1023; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 914; Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 517). Il giudice amministrativo, pur confermando che le valutazioni in ordine all'esistenza di un interesse culturale particolarmente importante di un immobile, tali da giustificare l'apposizione del relativo vincolo diretto sul bene e indiretto sui beni circostanti con il conseguente regime, costituiscano «espressione di un potere di apprezzamento essenzialmente tecnico, espressione di una prerogativa propria dell'amministrazione dei beni culturali nell'esercizio della funzione di tutela del patrimonio, sindacabile solamente per incongruenza e illogicità di rilievo tale da far emergere l'inattendibilità o l'irrazionalità della valutazione» (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1023), ha in più occasioni annullato prescrizioni di tutela perché esageratamente estese, in quanto spesso volte a realizzare obiettivi diversi dalla tutela del singolo bene (si vedano tra le molte Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5950; Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17; Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2018, n. 100). Sul tema P. Marzaro, *Epistemologia del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.

⁵⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257, su cui si v. G. Piperata, *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, cit., 296.

stato modificato, tanto che la popolazione devota dell'immagine miracolosa aveva addirittura deciso di impugnare il provvedimento di vincolo adottato, in quanto la statua per effetto del restauro aveva perso il suo valore. Il giudice amministrativo, disposta una consulenza tecnica d'ufficio, valorizzando i criteri tecnico-scientifici in materia di restauro ha ritenuto che il fatto che «la statua sia stata così percettibilmente trasformata, manifesta che il restauro è avvenuto non già in senso conservativo [cfr. art. 29 (conservazione), comma 4, del Codice], ma piuttosto nell'innovativa direzione dell'integrazione stilistica» e che questa innovazione «viene a togliere alla cosa un elemento essenziale dell'oggetto della tutela giuridica di bene culturale, vale a dire un tratto qualificante del carattere storico della cosa d'arte e della testimonianza materiale di civiltà (cfr. art. 2, comma 2, del Codice)», giungendo così a ritenere irragionevole e sproporzionata l'apposizione del vincolo culturale e illegittimo il provvedimento adottato.

Il giudice amministrativo però il più delle volte continua ad affidarsi alle formule più tradizionali e, senza che venga indagata in concreto la correttezza del parere e della decisione sotto il profilo tecnico, l'esame del fatto tecnico viene, il più delle volte ricondotto ad un «apprezzamento estetico»⁵⁵⁴, come tale non sindacabile, pena l'indebita ingerenza nel merito dell'azione amministrativa. Anche quando la controversia attiene sostanzialmente ai presupposti di fatto, per esempio, facendo riferimento ad alcune recenti decisioni, perché si discute della esatta collocazione di un chiosco (in un'area urbanizzata secondo l'amministrazione, in una vasta area libera secondo il privato)⁵⁵⁵, della chiusura su tutti i lati di un pergolato⁵⁵⁶, della necessità di un disboscamento per la realizzazione di una linea elettrica (in un'area già disboscata secondo la tesi del ricorrente)⁵⁵⁷, presupposti che un consulente sarebbe agevolmente in grado di apprezzare, il giudice amministrativo si limita il più delle volte ad avallare la ricostruzione in fatto dell'amministrazione⁵⁵⁸, pur espressamente trascurando,

⁵⁵⁴ Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3 marzo 2021, n. 70.

⁵⁵⁵ Tar Lazio Roma, sez. II quater, 19 luglio 2021, n. 8529: « il ricorrente non ha preso in considerazione, così come avrebbe dovuto, quale punto di visuale prospettica, il chiosco - che, infatti, non figura in nessuna delle fotografie in atti - così da riportarlo all'area circostante e, quindi, anche a quella demaniale ove è stato collocato, essendosi piuttosto limitato a rappresentare, anche fotograficamente, il contesto asseritamente circostante, la cui reale distanza dal chiosco in questione non è, tuttavia, apprezzabile dal Collegio».

⁵⁵⁶ Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 3 marzo 2021, n. 70.

⁵⁵⁷ Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 9 agosto 2021, n. 220.

⁵⁵⁸ Non mancano casi in cui viene disposta una consulenza tecnica o viene nominato un verificatore. Si veda un caso avente ad oggetto il diniego di un'autorizzazione resa previo parere negativo della Soprintendenza archeologica, belle arti e del paesaggio, TSAP, 15 maggio 2021, n. 91. Nella specie, il TSAP ha disposto un approfondimento istruttorio, con l'ausilio di un verificatore che ha affermato l'assentibilità del progetto presentato dalla ricorrente, seppur con prescrizioni obbligatorie. Il Collegio ha comunque respinto il ricorso, evidenziando che l'organo verificatore «risulta aver svolto l'indagine affidatagli in maniera non sempre conforme a quanto indicato». Fermo l'approfondimento istruttorio svolto dall'organo tecnico, i provvedimenti impugnati ricadono nella «ristretta gamma di risposte attendibili e, comunque, plausibili date al caso da risolvere. Ciò sulla base degli elementi di fatto rilevanti, delle cognizioni tecnico-specialistiche venute in gioco in materia

perché «non apprezzabili», elementi che risulterebbero dirimenti ai fini della effettiva risoluzione della controversia (ad esempio la reale distanza dell'area urbanizzata dal chiosco e il conseguente *vulnus* alla fruizione visiva del paesaggio naturale nel quale il manufatto si inserisce)⁵⁵⁹.

La statuizione del giudice, dunque, solo apparentemente riguarda il fatto tecnico e, in mancanza di un confronto tra tecnici per verificare in contraddittorio le ragioni tecniche dell'amministrazione e del privato, si esaurisce in considerazioni giuridiche, per escludere, secondo i canoni tradizionali di sindacato sulle valutazioni tecniche, la non manifesta irragionevolezza, la palese incongruenza, l'evidente illogicità della decisione dell'amministrazione.

In definitiva, i profili tecnici del fatto e le concrete modalità con cui si perviene alla decisione di natura tecnica il più volte rischiano di essere sottovalutati tanto in procedimento quanto in processo. La centralità dell'attività consultiva tende ad essere accantonata nell'iter procedimentale complessivo. Anche cambiando angolo di visuale e spostandosi sul piano del giudizio, il tema rimane critico, in quanto il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione, che diviene indirettamente sindacato sul parere e sull'attività consultiva svolta dall'organo tecnico interpellato, risulta sempre più influenzato dalla materia del contendere e non tiene adeguatamente conto dell'eventuale coinvolgimento di organi tecnici. Si fa eccessivamente prudente in alcuni casi, apparentemente rispettoso dei limiti tradizionali in altri e, nella sua disomogeneità, non pare garantire un'appropriata risposta alle sempre più numerose istanze tecniche di tutela.

Se in procedimento è la stessa disciplina positiva che, per ragioni di speditezza e di semplificazione, tende ad avallare l'"accantonato" ruolo dell'organo consultivo, nel processo, invece, basterebbe che il giudice facesse uso dei mezzi istruttori che il codice del processo amministrativo prevede. Il più delle volte, invece, il giudice, spesso senza avvalersi dei mezzi istruttori necessari, diviene «signore della prova»⁵⁶⁰ e tende a far proprie conoscenze specialistiche che non è scontato che sappia dominare.

paesaggistica, contraddistinte peraltro da margini ampi di relatività, opinabilità e, per così dire di "non misurabilità"» e per la natura della delibera del Consiglio dei Ministri, da considerare, quale atto di alta amministrazione, con cui l'Autorità, «tutt'altro che implausibilmente», nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti, ha ritenuto sub-valente quello alla (limitata) produzione elettrica.

⁵⁵⁹ Tar Lazio Roma, sez. II *quater*, 19 luglio 2021, n. 8529: « il ricorrente non ha preso in considerazione, così come avrebbe dovuto, quale punto di visuale prospettica, il chiosco - che, infatti, non figura in nessuna delle fotografie in atti - così da rapportarlo all'area circostante e, quindi, anche a quella demaniale ove è stato collocato, essendosi piuttosto limitato a rappresentare, anche fotograficamente, il contesto asseritamente circostante, la cui reale distanza dal chiosco in questione non è, tuttavia, apprezzabile dal Collegio».

⁵⁶⁰ L'espressione è di M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit.

CAPITOLO QUINTO

TENDENZE E CONTROTENDENZE GIURISPRUDENZIALI: LA NECESSITÀ DI UN'ANALISI PER SETTORI

SOMMARIO: 1. Ragioni e prospettive di un'analisi per settori. – 2. L'accesso al fatto in materia di appalti tra verifica dell'anomalia delle offerte e valutazione dell'attribuzione dei punteggi: la mera "ipotizzabilità" di svolgere una consulenza tecnica. – 3. (Segue): proporzionalità a priori nell'esclusione del concorrente dalla gara. – 4. La rilevanza dei presupposti di fatto nella valutazione di legittimità delle interdittive antimafia. – 5. L'accesso al fatto tra competenze giuridiche e saperi estranei al giudice amministrativo nel contenzioso sui giudizi di abilitazione. – 6. Verso un sindacato di "maggiore attendibilità" nell'accesso al fatto economico in materia di sanzioni antitrust. – 7. Le sanzioni della Banca d'Italia: il "rimedio" del riparto di giurisdizione. – 8. Alcuni interrogativi finali.

1. Ragioni e prospettive di un'analisi per settori

Nel corso dell'analisi, in più occasioni si è affermato come nell'accesso del giudice al fatto non siano individuabili criteri univoci e nella giurisprudenza degli ultimi anni emerga piuttosto una disomogeneità di posizioni.

Ciò vale, in particolare, con riguardo a quei fatti complessi che coinvolgono questioni di ordine tecnico, quando cioè il giudice è chiamato a risolvere controversie di carattere scientifico e in cui i fatti tendenzialmente esulano dal piano delle conoscenze notorie o delle scienze comuni. La circostanza che il fatto sia tecnico, come già rilevato, non dovrebbe implicare che lo stesso sia mediato esclusivamente dal giudizio dell'amministrazione e conseguentemente l'esclusione o la limitazione del sindacato del giudice amministrativo. Al contrario, per evitare posizioni di indebito privilegio o di potenziale arbitrio, dovrebbero essere garantiti meccanismi di più adeguato, non necessariamente più penetrante, controllo. In altri termini, la natura tecnica del fatto dovrebbe essere irrilevante in astratto sotto il profilo dell'accesso del giudice al fatto e della sua valutazione, dal momento che la decisione, per rispondere alla domanda di tutela del cittadino, dovrebbe tener conto della situazione fattuale complessiva e sottesa alle questioni di diritto controverse.

È tuttavia riconosciuto, per essere non di rado affermato negli studi sul sindacato sulle valutazioni tecniche⁵⁶¹, che la sensibilità «per le esigenze legate alla materia» tende a prevalere su quella per la «coerenza di sistema»⁵⁶².

A ben vedere, quelle considerazioni sono svolte più in generale con riguardo ai limiti del giudice in rapporto alla discrezionalità e alle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione e si inseriscono nel ragionamento condotto nella misura in cui si sovrappongono parzialmente a quelle sul fatto nel processo amministrativo. Accanto alla tendenza del giudice a ricostruire e ad interpretare autonomamente i fatti senza un uso adeguato degli strumenti probatori a sua disposizione, si assiste, infatti, alla progressiva e spesso indebita attrazione di fatti, anche semplici, nell'area dell'insindacabile⁵⁶³ e, così facendo, riguardo a questi ultimi, la loro conoscenza viene mediata da quella delle valutazioni tecniche e dai limiti del loro sindacato⁵⁶⁴.

Rilevato che la natura tecnica del fatto sottesa alla valutazione compiuta dall'amministrazione non funge da criterio uniformante del sindacato (Capitolo quarto), nell'accesso più o meno penetrante del giudice al fatto rileva la materia oggetto del giudizio, in quanto tale, non per il suo essere tecnica o meno.

D'altro canto, nelle materie che coinvolgono questioni tecniche l'analisi della giurisprudenza rileva più che nelle altre⁵⁶⁵, per la maggiore complessità del sindacato derivante dal confronto del giudice con saperi estranei alla sua conoscenza, che lo inducono a seguire gli orientamenti già consolidati e a preferire soluzioni fondate sui precedenti nella specifica materia. Non, dunque, perché il giudice ignori la questione tecnica, anzi perché ne definisce i limiti in ragione dell'interesse a dominare o a rimanere estraneo alla materia.

Data la difficoltà di individuare criteri univoci è dunque opportuno condurre in quelle materie un'analisi settoriale⁵⁶⁶, in quanto le posizioni espresse dai giudici sono più articolate di quanto non facciano ritenere certe enunciazioni di principio ricorrenti

⁵⁶¹ G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.; C. Marzuoli, *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, cit.; N. Paoloantonio, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, cit.; C. Videtta, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, cit.; G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, cit.

⁵⁶² G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit.

⁵⁶³ Sull'indebita estensione dell'ambito delle valutazioni tecniche riservate all'amministrazione già A. Travi, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, cit., 1266.

⁵⁶⁴ Sul tema L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit.

⁵⁶⁵ Più in generale, sul ruolo della giurisprudenza nello sviluppo del diritto amministrativo per tutti M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit.; più di recente S. Cassese, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 341 ss.

⁵⁶⁶ Sulla necessità di un'analisi empirica A. Moliterni, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 5 ss.

e un'impostazione dogmatica sarebbe utile in misura limitata⁵⁶⁷ e comunque, anche solo in un'ottica di completezza, non può prescindere da un'analisi settoriale.

Non è possibile svolgere un'indagine puntuale caso per caso, né tanto meno è pensabile dare conto di tutti i precedenti in materia, con il limite derivante dalla circostanza che non si conoscono i fascicoli di causa e spesso gli elementi in fatto, che conducono al ragionamento condotto, non sono esposti in sentenza: tra le sentenze più recenti si procederà, pertanto, a sceglierne alcune che siano significative ed esemplificative rispetto alla problematica generale, privilegiando le soluzioni accolte dal giudice di secondo grado, salvi alcuni necessari riferimenti a pronunce dei tribunali di primo grado (per esempio in materia antitrust, essendo prevista la competenza territoriale inderogabile del Tar Lazio).

Dopo il settore degli appalti, in cui si riscontrano alcune delle pronunce più significative e che da sempre hanno modellato il quadro delineato a livello teorico sul sindacato del giudice amministrativo⁵⁶⁸, pare di particolare interesse soffermarsi sulla materia delle interdittive antimafia, che ha assunto importanza crescente non solo per l'entità del fenomeno, ma anche per la sua dinamicità⁵⁶⁹. Altro settore che merita di essere preso in considerazione è quello relativo ai concorsi per l'abilitazione. In questa materia, invero, si confrontano orientamenti giurisprudenziali diversi a seconda che il settore sia o meno quello giuridico e, dunque, della competenza del giudice collegata alla sua conoscenza del diritto a valutare direttamente i fatti sottoposti al suo esame. La riflessione riguarderà, infine, il sindacato degli atti delle autorità amministrative indipendenti, in particolare dell'Antitrust e della Banca d'Italia, che, sin dalla loro istituzione, hanno visto la giurisprudenza alle prese con l'affermazione delle formule tradizionali alternate ai ripensamenti, per garantire una riserva di valutazione, che, ancorché connessa alla loro posizione di indipendenza e al loro ruolo in settori strategici, non trova a ben vedere una base costituzionale di riferimento.

È così individuata nell'influenza sul sindacato del giudice la ragione principale di un'analisi degli orientamenti più recenti in alcune materie. A ciò si aggiunge che lo scenario giurisprudenziale sull'accesso al fatto è ancor più frastagliato di quanto pare emergere dalle analisi degli indirizzi giurisprudenziali sulle valutazioni tecniche. Il sindacato, infatti, non è uniforme, non solo in ragione dei diversi settori, ma anche per il diverso orientamento dei giudici e, anche all'interno dei medesimi settori, non sono infrequenti discrasie e incoerenze.

⁵⁶⁷ Così A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico- scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., 454.

⁵⁶⁸ A tal proposito è significativo il numero di sentenze dell'adunanza plenaria che nell'ultimo anno hanno riguardato la materia degli appalti: Cons. Stato, ad. pl., 6 agosto 2021, n. 14; Cons. Stato, ad. pl., 27 maggio 2021, n. 11; Cons. Stato, ad. pl., 27 maggio 2021, n. 10; Cons. Stato, ad. pl., 27 maggio 2021, n. 9; Cons. Stato, ad. pl., 18 marzo 2021, n. 5.

⁵⁶⁹ Sul tema si veda lo studio di ANAC, *Le imprese destinatarie di interdittive antimafia (2014-2018)*, in www.anticorruzione.it. Dai dati pubblicati dall'ANAC emerge come si sia passati da 122 interdittive emesse nel 2014 a 573 nel 2018, con un incremento del 370%.

Passando così dalle ragioni alle potenziali prospettive di un'analisi per materie, le considerazioni svolte conducono a una riflessione più ampia nel dibattito sulla sopravvivenza della giurisdizione amministrativa⁵⁷⁰.

Quel dibattito, come anticipato sin dalle premesse, rimane ai margini del ragionamento condotto, ma l'analisi della giurisprudenza conduce a rilevare che le criticità del processo sul fatto non paiono in ogni caso risolvibili con il definitivo superamento della giurisdizione speciale e/o con la devoluzione delle controversie al giudice ordinario.

In particolare, lo studio della giurisprudenza degli ultimi anni sulle sanzioni della Banca d'Italia, che più volte hanno visto oscillare il «pendolo del legislatore»⁵⁷¹ tra le due opposte soluzioni e che è culminato nella pronuncia della Corte costituzionale del 15 aprile 2014, n. 94⁵⁷² con l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, continua a mostrare rilevanti criticità nell'accesso al fatto. La ritrosia del giudice ordinario a sindacare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza del credito e l'esito di «quasi certa sconfitta» del giudizio⁵⁷³ paiono dunque sintomatici di una certa resistenza degli organi giurisdizionali nazionali in materia, che tendono a difendere un modello procedimentale sostanzialmente amministrativo e mostrano una certa esitazione nell'attuazione dei principi affermati a livello europeo⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Tra i molti si vedano M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit.; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, cit.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit.; più di recente R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, cit.

⁵⁷¹ F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.

⁵⁷² Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681 ss., con osservazioni di G. Serges, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*; si veda anche M.A. Impinna, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.

⁵⁷³ Parla di «quasi certa sconfitta – dell'avvocato – quando coltivi l'idea di veder cancellata la sanzione che Consob o Banca d'Italia abbiano deciso di comminare ad un amministratore di una banca o ad un intermediario del mercato mobiliare» R. Costi, *La difesa del sanzionato: «una missione impossibile»*, in *Banca impresa società*, 2019, 1, 3 ss.

⁵⁷⁴ E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2018, 129 rilevano che «nonostante le modifiche apportate al procedimento sanzionatorio, da ultimo nel 2016, in attuazione della direttiva 2013/36/UE, permane un'impostazione di natura procedimentale, un modello "amministrativo" piuttosto che giurisdizionale del procedimento, l'accertamento dei fatti non avviene in contraddittorio, la separazione tra attività istruttoria e decisoria ha natura funzionale ma non strutturale, in generale il modello di contraddittorio seguito è di natura verticale, con una posizione di superiorità complessiva dell'autorità procedente. In base al punto 1.3 del regolamento «i destinatari del procedimento sanzionatorio esercitano il diritto di difesa attraverso la partecipazione al procedimento», le parti possono presentare deduzioni ma qualora superino le cinquanta pagine devono contenere una sintesi finale, la produzione di documenti inutili o sovrabbondanti è motivo di valutazione negativa del grado di cooperazione degli interessati con l'Autorità, quindi si tratta di fatto di «un impianto ancora di natura inquisitoria», in cui manca «una complessiva presa di coscienza che il procedimento sanzionatorio (...) necessita fisiologicamente di accertamenti di fatti che difficilmente possono essere lasciati solamente all'autorità procedente». Sostiene la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento A. Baldassarre, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011, 581.

Pare allora che il «balletto delle giurisdizioni»⁵⁷⁵, che in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia spesso si spiega per aver ceduto «alle pressioni lobbistiche di una autorità amministrativa da sempre (dal 1938) affezionata ad un giudice ordinario»⁵⁷⁶, sia più in generale giustificato «da ragioni di *balance* politico»⁵⁷⁷ derivanti dagli interessi sottesi alla materia, non da soluzioni effettive di maggiore tutela.

2. L'accesso al fatto in materia di appalti tra verifica dell'anomalia delle offerte e valutazione dell'attribuzione dei punteggi: la mera "ipotizzabilità" di svolgere una consulenza tecnica

Il contenzioso nel settore degli appalti rappresenta il terreno privilegiato per l'esemplificazione di alcune delle riflessioni svolte sulle criticità dell'accesso al fatto nel processo amministrativo.

In materia si registrano, infatti, orientamenti non univoci e, in alcuni casi, il piano della complessità tecnica pare sovrapposto a quello dell'insindacabilità della decisione e si traduce nel rifiuto del giudice amministrativo di conoscere il fatto e in un sindacato tuttora ancorato ai parametri più tradizionali. In altri casi, la valutazione della correttezza e ragionevolezza della decisione tecnica appare davvero vicina ad un giudizio circa la condivisibilità o meno di quella scelta e si assiste a una riedizione del procedimento in processo, ancorché i fatti a cui si accede il più delle volte non siano adeguatamente conosciuti e provati.

Se queste sono le coordinate che hanno in generale caratterizzato il sindacato nel settore degli appalti, vi sono in quel settore alcuni elementi di contorno che paiono rilevanti e che conviene analizzare puntualmente.

Il primo riguarda il subprocedimento volto alla verifica dell'anomalia delle offerte, condotto ai sensi dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016, che per sua natura e funzioni, anche ai fini del successivo sindacato giurisdizionale, non può risolversi in una mera richiesta di chiarimenti, ma dovrebbe invece tradursi nell'analisi sostanziale della credibilità delle giustificazioni addotte.

In quei giudizi, il giudice amministrativo costantemente richiama i concetti di discrezionalità e di insindacabilità della decisione della stazione appaltante e la ragionevolezza è per lo più invocata come criterio formale che non come requisito sostanziale⁵⁷⁸, ritenendo la valutazione sulle giustificazioni relative alla congruità

⁵⁷⁵ L'espressione è di M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1166 ss. riguardo alle sanzioni della Consob, ma si tratta di un'espressione utilizzabile anche per le sanzioni della Banca d'Italia.

⁵⁷⁶ Così F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864*, cit.

⁵⁷⁷ Così M. Dugato, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, 1, 3 ss.

⁵⁷⁸ Così M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss., spec. 678 che mostra perplessità, rilevando che «il sistema si

dell'offerta censurabile solo «in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta»⁵⁷⁹.

La decisione non riguarda mai il fatto, perché il giudice si ferma a elementi esteriori al fatto, o perché il giudizio è macroscopicamente sbagliato e, dunque, basta «una semplice operazione matematica»⁵⁸⁰ e non serve conoscere il fatto per censurarlo, o perché è rimesso alla stazione appaltante e, se il giudice conoscesse il fatto, «sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione»⁵⁸¹.

In questi casi, il fatto, sotteso alla valutazione dell'anomalia in rapporto alle giustificazioni fornite dal concorrente sulla sostenibilità dell'offerta, è economico⁵⁸² e tiene conto «per un verso, dell'eventuale marginalità del servizio cui il costo è riferito, per altro verso, dell'utile che il concorrente ritrae dalla propria offerta complessivamente considerata»⁵⁸³. Il fatto è, in altri termini, rappresentato dalle voci di costi e ricavi, dal costo del personale e dei macchinari, dalle soluzioni tecniche prescelte o dal metodo di costruzione, dagli accordi privilegiati per la fornitura di materiali, dalle condizioni favorevoli accordate ad un operatore per il suo inserimento nel settore, dallo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali etc.

Trascurando il caso del giudizio macroscopicamente erroneo che non richiede nessuna competenza specifica, non si comprendono le ragioni per le quali la conoscenza di quel fatto debba essere riservata all'amministrazione e, per ciò solo, preclusa al giudice⁵⁸⁴.

A ben vedere, al di là delle apodittiche giustificazioni contenute nelle sentenze

dimostra monco nel collegamento tra l'appropriatezza dell'azione amministrativa di accertamento e il sindacato giurisdizionale sull'intero subprocedimento. Sono davvero singolari, al riguardo, la prudenza e la generosità con cui la giurisprudenza accosta l'azione amministrativa di accertamento».

⁵⁷⁹ Tra le molte si veda di recente Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2021, n. 3817, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437; Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879.

⁵⁸⁰ Così Cons. Stato, n. 3528/2020 in un caso in cui il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar che aveva ritenuto l'offerta economica anomala, ritenendo non dimostrato che l'offerta fosse oggettivamente e vistosamente in perdita.

⁵⁸¹ Cons. Stato, n. 3817/2021.

⁵⁸² La legittimità amministrativa è sempre più mediata dalle regole e dalle dinamiche economiche e il fatto economico è oggetto del contenzioso e dunque della conoscenza del giudice. Così A. Travi, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173.

⁵⁸³ Cons. Stato, n. 3528/2020.

⁵⁸⁴ Mostra una posizione critica L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit. secondo cui «è ben discutibile che la decisione in ordine all'adeguatezza delle giustificazioni concernenti l'anomalia dell'offerta sia esercizio di potere discrezionale (...) si tratta di semplici fatti, che possono essere accertati e valutati in modo imparziale dal giudice senza stravolgere la separazione dei poteri».

che richiamano i principi tradizionali, si considera preclusa la conoscenza del fatto, assorbendolo nel sindacato sul potere, non perché non sia conoscibile o perché il giudice non vi acceda.

Sotto il primo profilo, infatti, si ribadisce che il giudice avrebbe a sua disposizione gli strumenti per verificare adeguatamente il fatto, ancorché economico ed estraneo alle sue competenze. Nella giurisprudenza più recente si assiste a timide aperture e nei giudizi sulla verifica dell'anomalia delle offerte di gara non è così raro l'utilizzo della verifica e della consulenza tecnica⁵⁸⁵, per accertare, alla luce della documentazione versata in atti di gara e nel procedimento di verifica di anomalia, se l'offerta è nel complesso congrua, sostenibile e realizzabile. A ben vedere, però, la verifica e la consulenza, quando disposte, vengono utilizzate in giudizio più che per accertare la situazione di fatto con le competenze tecniche necessarie, per confortare la decisione dell'amministrazione e la sua non macroscopica erroneità e irragionevolezza⁵⁸⁶, tanto che nelle sentenze si continua spesso a giustificare espressamente l'utilizzo con un richiamo ai principi giurisprudenziali tradizionali⁵⁸⁷.

Per quanto riguarda l'accesso del giudice al fatto, un recente caso al vaglio del Consiglio di Stato è l'occasione per riflettere in ordine a quella tendenza del giudice amministrativo di ricostruire i fatti spesso in maniera autonoma rispetto a quanto avvenuto nel procedimento. In quel caso l'appellante contestava al giudice di primo grado di aver eseguito «una verifica che nel procedimento amministrativo non era stata effettuata, basando peraltro tale verifica su circostanze ed elementi che non erano indicati negli atti del procedimento amministrativo». In particolare, nell'ambito di un giudizio che aveva ad oggetto la positiva conclusione del giudizio di anomalia dell'offerta, la valorizzazione del fatto che il capitolato non richiedeva la reperibilità del responsabile del servizio era inconferente in quanto non era censurata una difformità dell'offerta rispetto ad una richiesta tecnica della *lex specialis*, ma il mancato computo di un costo connesso ad una prestazione offerta. Il Consiglio di Stato «anziché limitarsi a sancirne l'irrilevanza o la non decisività, si è spinto, con apprezzabile spirito di esaustività, ad esaminare il merito della stessa»⁵⁸⁸, ritenendo che, se in sede giurisdizionale il concorrente classificatosi al secondo posto deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, «legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio

⁵⁸⁵ Tar Veneto, sez. III, 30 marzo 2021, n. 409.

⁵⁸⁶ Rilevano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 147, che in materia il giudice «dopo aver affermato in astratto la possibilità di un sindacato diretto dell'attendibilità delle operazioni tecniche, si ferma in realtà ad un controllo estrinseco tradizionale dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa».

⁵⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3472: «l'accertamento sulle singole voci era però pur sempre preordinato ad accertare se il giudizio espresso dalla SUA sulla congruità dell'offerta fosse nel complesso attendibile e immune da profili di illogicità, macroscopica erroneità e irragionevolezza, nei limiti del sindacato giurisdizionale sulla verifica di anomalia dell'offerta».

⁵⁸⁸ Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1361.

provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale e, di conseguenza, il giudice è tenuto a pronunciare anche su tali aspetti in base al principio dell'art. 112 c.p.c.»⁵⁸⁹.

Del resto, talvolta il giudice amministrativo giunge ad un sindacato del fatto senza di fatto accertarlo, dando una ricostruzione autonoma di quanto avvenuto in procedimento e, peraltro, gravando il ricorrente in caso di impugnazione della valutazione di anomalia dell'offerta della prova dell'insostenibilità dell'offerta altrui⁵⁹⁰. La circostanza che la società aggiudicataria negli scritti difensivi abbia affermato, non provato, di aver maturato numerose esperienze nel settore e di aver ricevuto numerose agevolazioni in termini economici da parte dei fornitori abituali, non pare determinare una conoscenza di quei fatti, eppure il giudice amministrativo in una recente sentenza ha ritenuto «non persuasivi» le argomentazioni contrarie spese dal ricorrente⁵⁹¹.

Ancora, di recente, il Consiglio di Stato, discostandosi parzialmente dall'orientamento consolidato secondo cui «i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, perciò l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata»⁵⁹², ha ritenuto l'offerta inattendibile, non perché sia stato provato lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili da tabelle ministeriali, ma per effetto dell'assenza di elementi tali da giustificarlo⁵⁹³.

Sempre in materia di appalti, anche nelle controversie che hanno ad oggetto direttamente i punteggi attribuiti dalle commissioni giudicatrici si registrano orientamenti divergenti⁵⁹⁴.

Il costante richiamo alla discrezionalità tecnica e all'insindacabilità dei giudizi espressi dalle commissioni di gara «se non per travisamento dei presupposti di fatto, per illogicità e per manifesta irragionevolezza»⁵⁹⁵, pare spesso utilizzato come clausola di stile. Accanto ai casi in cui il fatto tecnico viene sostanzialmente utilizzato come

⁵⁸⁹ Cons. Stato, n. 1361/2021; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430.

⁵⁹⁰ Cons. Stato, n. 3817/2021: «per contestare il giudizio di congruità espresso dalla stazione appaltante, il ricorrente non deve limitarsi a dimostrare l'omessa indicazione di costi da parte dell'aggiudicataria, ma deve fornire la prova dell'insostenibilità della relativa offerta, e tale prova nel caso di specie non è stata fornita, come correttamente ritenuto dal TAR».

⁵⁹¹ Cons. Stato, n. 3817/2021.

⁵⁹² Cons. Stato, sez. V, sentenza 21 giugno 2021, n. 4753; Cons. Stato Sez. III, n. 1361/2021; Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2019, n. 7927; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n.5353.

⁵⁹³ Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437.

⁵⁹⁴ In dottrina sul tema si veda di recente A. Cavina, *Formula per l'assegnazione del punteggio economico: tra discrezionalità della stazione appaltante e sindacato del G.A.*, in *Urb. e app.*, 2020, 5, 688 ss.

⁵⁹⁵ Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2021, n. 3908; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021, n. 3381; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2020, n. 3211; Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2020, n. 3970; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2020, n. 3348; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 433; Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2018, n. 5129.

mero espediente per evitare il sindacato, vi sono casi in cui pur facendo «salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica»⁵⁹⁶, il giudice amministrativo accede sostanzialmente al fatto.

In un recente caso relativo ad una procedura di gara per la fornitura in noleggio di materassi antidecubito, il Consiglio di Stato ha, per esempio, ritenuto ragionevole e logica la valutazione della commissione, seppure, in assenza di un consulente tecnico, non avesse in alcun modo le competenze tecniche per valutare i tempi, le modalità, la rumorosità di sgonfiaggio dei materassi e la «condivisibilità» della scelta, al di là di quanto affermato (senza che sia provato), non è certamente il risultato di un'adeguata conoscenza dei fatti controversi in giudizio⁵⁹⁷.

Ancora, in un giudizio avente ad oggetto una procedura aperta per la fornitura di stent vascolari, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulle legittimità del punteggio attribuito per la produzione di «studi indicizzati riferiti a prodotti analoghi appartenenti alla famiglia di device a cui il prodotto in gara afferisce», ha ritenuto «pertinente uno studio relativo al distretto infrapopliteo» contestato dalla ricorrente, anche in questo caso senza nominare un consulente, con competenze sul piano anatomico in grado di valutare l'analogia tra vasi periferici⁵⁹⁸.

Potrebbero farsi altri innumerevoli esempi in materia e, anche nei giudizi di primo grado, nei quali sarebbe ancor più auspicabile l'utilizzo di mezzi istruttori, i tribunali amministrativi regionali paiono rifiutare una conoscenza adeguata del fatto tecnico.

Pur ammettendo che «l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti»⁵⁹⁹, ritengono di definire altrimenti la controversia e di avere a disposizione gli elementi di giudizio utili alla decisione o comunque di dover disattendere la richiesta istruttoria «finalizzata a rescindere e sostituire, mediante l'esercizio dei poteri istruttori di questo giudice, le valutazioni tecniche, per le predette ragioni intangibili, cui la commissione è pervenuta sulla base degli atti di gara»⁶⁰⁰.

Nei giudizi sull'attribuzione dei punteggi di gara il giudice amministrativo giunge così a considerazioni sulle diverse funzioni di modelli di defibrillatori e *pacemaker*⁶⁰¹; sulle caratteristiche di dispositivi medici diagnostici in vitro⁶⁰² etc.

La “conoscenza” del fatto tecnico è peraltro spesso mediata dalle perizie

⁵⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2524; Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2851.

⁵⁹⁷ Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2021, n. 3908.

⁵⁹⁸ Cons. Stato Sez. III, 5 agosto 2020, n. 4945.

⁵⁹⁹ Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2021, n. 455;

⁶⁰⁰ Tar Veneto, sez. I, 12 marzo 2021, n. 339. In termini Tar Lombardia, Milano, sez. II, 11 maggio 2021, n. 1171; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 aprile 2021, n. 915.

⁶⁰¹ Tar Emilia Romagna, nn. 348 e 349/2020.

⁶⁰² Tar Emilia Romagna, n. 455/2021.

depositate in giudizio dalle parti e la decisione è il più volte il risultato dell'adesione alla ricostruzione fornita dalla commissione giudicatrice e del consulente dell'amministrazione, anche perché al ricorrente e al suo perito non è chiesto di provare i fatti costitutivi della pretesa, quanto «elementi ed argomenti tecnici atti ad evidenziare palesi incongruenze od illogicità o manifesti errori di fatto ascrivibili al giudizio della commissione di gara»⁶⁰³.

3. (Segue): proporzionalità a priori nell'esclusione del concorrente dalla gara

Sempre in materia di appalti, occorre poi considerare le ipotesi nelle quali il giudice è chiamato a sindacare l'esclusione del concorrente dalla gara⁶⁰⁴.

Il tema presenta indubbe difficoltà, in quanto alle criticità nell'accesso al fatto si aggiungono quelle derivanti dall'interpretazione della normativa di riferimento, e in particolare dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, che anche dopo oramai cinque dall'introduzione del codice dei contratti pubblici, non sembra trovare una sua definitiva dimensione per le modifiche normative che si sono vertiginosamente susseguite⁶⁰⁵, per la debolezza dell'intervento di ANAC⁶⁰⁶ nel garantire l'omogeneità di

⁶⁰³ Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282.

⁶⁰⁴ Tra i moltissimi contributi sul tema di recente P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739 ss.; R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d. l. n. 32/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 797 ss.; S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149 ss.; C. Contessa, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 662 ss.; A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209 ss.; S. Foà, M.R. Calderaro, *I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco semplificato*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681 ss.

⁶⁰⁵ Il riferimento è al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56; al d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12; al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14; al d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 e da ultimo al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶⁰⁶ Per approfondimenti dottrinali sulle linee guida ANAC si vedano G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappicchelli, 2017, 43 ss.; M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 719 ss.; V. Neri, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Lipari, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 743 ss.; S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in federalismi.it, 22 marzo 2017; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in federalismi.it, 2017, 2 ss.; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in federalismi.it, 27 novembre 2017; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in federalismi.it, 5 ottobre 2016; Id., *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova*

prassi da parte delle stazioni appaltanti⁶⁰⁷, per i continui cambi di rotta imposti dalla giurisprudenza europea, che è intervenuta a più riprese in materia, imponendo modifiche più o meno incisive.

In particolare, dovendo circoscrivere l'analisi, interessa il caso dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico non in regola con il fisco, per alcuni aspetti assimilabile, a quello dell'operatore economico non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali⁶⁰⁸.

In questi casi il "fatto" è rappresentato dalla violazione tributaria e esclusa la sua rilevanza penale⁶⁰⁹, si discute se il concorrente in senso lato "evasore" vada escluso perché "non affidabile" ai sensi del comma 5 dell'art. 80, a seguito di una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, ovvero se la sua integrità sia comunque compromessa e quindi debba essere escluso a prescindere da un giudizio in concreto sulla sua professionalità con ciò che ne consegue in termini di sindacato del giudice amministrativo, che comunque è tenuto a confrontarsi con saperi estranei alla sua diretta conoscenza.

Nelle sentenze si fa spesso riferimento al principio di proporzionalità⁶¹⁰, tuttavia l'analisi delle stesse mostra come il più delle volte quel principio sia evocato per

fonte del diritto?, in www.giustizia-amministrativa.it; V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 273 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in italiappalti.it, 9 novembre 2016; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 683; M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. Liguori e S. Tuccillo, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 79 ss..

⁶⁰⁷ Si esprime in tale anche Cons. St., comm. spec., par. 23 ottobre 2018, n. 2616 «richiamando il precedente parere n. 2286/2016 di questo Consiglio, si deve ribadire anche in questa occasione come sia rimasta poco o per nulla approfondita la questione generale di cosa intendere per "mezzi di prova adeguati" e di come provare gli errori commessi. In tale prospettiva il riparto dell'onere della prova tra la stazione appaltante e i concorrenti resta un tema molto delicato e che parrebbe fortemente sottovalutato nell'economia di queste linee guida. È evidente, infatti, come qualunque regolazione della materia dell'illecito professionale, anche la migliore, rischia di restare lettera morta ove non si assicuri un flusso costante di informazioni e di comunicazioni in entrata e in uscita dagli operatori e dalle stazioni appaltanti».

⁶⁰⁸ Sia consentito sul tema il rinvio a C. Sereni Lucarelli, *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*, in *Munus*, 2019, 3, 827 ss.

⁶⁰⁹ Se la violazione configura un reato tributario si applica il comma 1 dell'art. 80 che, come da ultimo modificato a seguito delle istanze del Consiglio di Stato, prevede l'esclusione del concorrente che sia stato condannato per «ogni altro delitto - diverso da quelli specificatamente elencati - da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione», categoria nella quale rientra la maggior parte dei delitti tributari.

⁶¹⁰ Sul principio di proporzionalità si vedano A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; Id., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, a cura di S. Cassese, Milano, 2006; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 837 ss.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 111 ss.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361 ss.; G. della Cananea, C.

legittimare *ex post*, ritenendole insindacabili, scelte dell'amministrazione invero non del tutto congrue, che quale concreta attuazione del principio, richiamato in generale dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990.

Il richiamo al principio, spesso in uno con quello di ragionevolezza, è cioè utilizzato più quale espediente per evitare che il giudice possa in qualche sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'amministrazione, che valorizzato quale criterio e/o limite della discrezionalità della stazione appaltante nella fase di scelta sull'esclusione. La frequente confusione tra proporzionalità e ragionevolezza e la scarsa chiarezza quanto ai criteri connessi all'uno e all'altro principio, hanno finito con il rendere volutamente poco stringente il sindacato giurisdizionale e al contempo hanno indebolito la forza cogente del principio di proporzionalità nella fase di applicazione da parte delle amministrazioni, che si sentono così "legittimate" ad assumere decisioni arbitrarie, apoditticamente proporzionate. In altri termini la «crescente fioritura» di sentenze amministrative nelle quali si menziona il principio di proporzionalità non va di pari passo con la sua effettiva applicazione e concreta attuazione in fase di scelta⁶¹¹.

Nel caso di *durc* negativo, la stazione appaltante deve escludere l'operatore dalla gara, a prescindere dall'entità dell'importo non versato. La mancanza di *durc* comporta cioè una sorta di presunzione legale di gravità delle violazioni, che peraltro incide anche nella fase di esecuzione del contratto, dal momento che il documento regolare è necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

In questi casi, la mancanza del *durc* è un fatto semplice e la regola dell'esclusione in caso di *durc* negativo non è opinabile⁶¹². Non vi è esercizio del potere discrezionale, una volta fissata la regola per la quale l'operatore deve essere escluso, e la gravità della violazione non ha nessun rilievo. Anche di fronte a violazioni marginali, in alcun modo incidenti sull'affidabilità dell'operatore nella prima fase o sulla buona esecuzione del contratto nella seconda fase, per il fatto automatico del mancato rilascio di un *durc* positivo, l'impresa deve essere esclusa (con effetti peraltro negativi anche sul pagamento per il lavoro svolto). Rileva cioè l'inadempimento in sé, a prescindere dall'entità del mancato versamento e dall'incidenza effettiva dell'inadempimento sull'esecuzione del contratto nel suo complesso.

Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, 98 ss.; L. La Rosa, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 779 ss.

⁶¹¹ Secondo S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, cit., 177 ss. «una cosa è menzionare principi altra cosa è renderli operativi e applicarli correttamente nell'ordinamento».

⁶¹² Evidenzia la differenza tra i casi in cui i presupposti fattuali dei motivi di esclusione appaiono certi «perché collegati ad un dato di tipo formale: si pensi all'insussistenza della dichiarazione di fallimento, all'assenza di condanne per uno specifico reato o di irrogazione di determinate sanzioni» e le ipotesi in cui «la sussistenza o meno del motivo di esclusione non si può affermare con certezza» P. Cerbo, *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, cit., 740.

Anche in questi casi, il giudice, del tutto a sproposito, invoca il principio di proporzionalità. In primo luogo, non sarebbe necessario, in quanto il fatto sarebbe semplice (presenza o meno del durc), ma attraverso l'evocazione del principio viene attratto nelle ipotesi di potere discrezionale insindacabile. Così anche nel caso in cui partecipi alla gara non un'impresa singola ma un raggruppamento temporaneo di imprese, la giurisprudenza, in spregio a una applicazione in concreto del principio di proporzionalità, ritiene che, venuto meno il requisito della regolarità contributiva o fiscale in capo a una delle imprese partecipanti, il raggruppamento deve essere escluso dalla gara e dunque non può conseguire l'aggiudicazione, anche quando le altre imprese partecipanti sono regolari sotto il profilo contributivo e sono in grado di eseguire autonomamente il contratto⁶¹³.

A ben vedere, se il principio di proporzionalità venisse concretamente applicato dall'amministrazione e adeguatamente invocato dal giudice amministrativo quale parametro di conoscenza del fatto, si giungerebbe all'esclusione solo ove l'addebito presenti una gravità tale da compromettere l'affidabilità del concorrente, vagliata attraverso un bilancio complessivo costi/benefici, in relazione alla capacità effettiva di svolgere la prestazione contrattuale da parte del soggetto, tenuto conto delle circostanze dei fatti nel loro complesso, della lesività del comportamento, delle eventuali recidive, il tutto raffrontato con lo specifico oggetto e con il valore dell'appalto⁶¹⁴. Dovrebbero, in altri termini e a mero titolo esemplificativo, evitarsi esclusioni per reati risalenti nel tempo e in alcun modo riferibili alla moralità e affidabilità dell'operatore, giustificate da irregolarità contributive irrисorie rispetto al valore dell'appalto, ovvero per omissioni relative a vicende professionali ampiamente datate del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale dell'impresa.

La giurisprudenza più recente, in virtù di un'interpretazione estensiva del principio di proporzionalità ha di recente affermato che dovrebbero altresì essere evitati «meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione»⁶¹⁵. Il principio di proporzionalità, secondo questa interpretazione, non andrebbe inteso cioè solo nel senso negativo di ostare ad ipotesi di esclusione sproporzionate, in quanto imposte in modo imperativo ed automatico, ma anche in senso positivo quale contrarietà ad ammissioni - cioè “non esclusioni” - «da trarre automaticamente da alcune circostanze»⁶¹⁶.

⁶¹³ Si veda *ex multis* Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116.

⁶¹⁴ Ha fatto applicazione di tale principio Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711: «L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 va letto nel senso che costituiscono condizioni, perché l'esclusione dalla gara consegua alla condanna penale, la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dell'operatore economico: al fine di apprezzare il grado di moralità del medesimo operatore, dunque, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale».

⁶¹⁵ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5893.

⁶¹⁶ CGUE, sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465.

Questa ipotesi si verifica nei casi, come quello contemplato dal comma 4, in cui si condiziona l'esclusione alla definitività delle violazioni, introducendo di fatto "obblighi legali di ammissione" del concorrente⁶¹⁷. Il concorrente impugnando la violazione dinanzi al giudice tributario, preclude infatti alla stazione appaltante ogni giudizio sulla sua affidabilità, anche nel caso in cui l'impugnativa sia del tutto infondata e strumentale alla partecipazione alla gara. Il vincolare l'amministrazione aggiudicatrice prima alla scelta soggettiva dell'operatore economico (della cui affidabilità si tratta) e poi alla valutazione effettuata da un terzo (il giudice tributario), potrebbe portare, al pari dell'esclusione arbitraria, a una violazione del principio di proporzionalità⁶¹⁸.

In definitiva, nelle ipotesi esaminate, il richiamo al principio di proporzionalità è spesso atecnico e utilizzato per legittimare le scelte compiute dall'amministrazione, rifiutando una concreta valutazione dei fatti, che spesso, ancorché estranei ai saperi propri del giudice amministrativo, sarebbero semplici, ma finiscono con l'essere elevati a fatti "riservati" all'amministrazione.

4. La rilevanza dei presupposti di fatto nella valutazione di legittimità delle interdittive antimafia

Un'altra materia nella quale è particolarmente rilevante l'accesso del giudice al fatto è quella delle informazioni antimafia⁶¹⁹.

⁶¹⁷ In tal senso si esprimeva la giurisprudenza con riguardo alla risoluzione *sub iudice* prevista dall'art. 80, comma 5, si vedano Cons. St., sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955; Tar Puglia, Bari, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; Tar Puglia, Bari, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828.

⁶¹⁸ Si consideri che l'art. 80, comma 4 è stato di recente sostituito dall'art. 8, comma 5, lett. b), d.l. n. 76/2020: «Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande». In dottrina sul tema si veda G. Ingraio, *L'esclusione degli operatori economici dalle gare di appalto per gravi violazioni tributarie*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 37 ss.

⁶¹⁹ L'interdittiva antimafia, come noto, rappresenta uno dei due possibili epiloghi delle vicende relative alla documentazione antimafia (art. 84 ss. d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). In base alle risultanze degli accertamenti disposti dal prefetto, il provvedimento, infatti, può avere contenuto liberatorio o interdittivo dell'attività economica in corso di svolgimento. Per un'analisi generale sul tema si veda M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it*, 2016, 3; Id., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss.; Id., *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss.; Id., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 619 ss.

Si è già anticipato come la materia sia per la gravità degli effetti associati alle informative interdittive, soprattutto per quanto riguarda la limitazione della libertà d'impresa, sia per la formulazione tanto indeterminata quanto discussa della disciplina di riferimento e per gli ampi margini di valutazione rimessi all'autorità prefettizia⁶²⁰, abbia notevolmente interessato la dottrina⁶²¹ e la giurisprudenza degli ultimi anni⁶²², con interventi anche della Corte costituzionale⁶²³ e delle corti sovranazionali⁶²⁴.

Infatti, a seguito dell'accertamento di determinati indici, taluni tipizzati dal legislatore, altri lasciati al prudente e motivato apprezzamento dell'autorità prefettizia⁶²⁵, l'ordinamento presume l'infiltrazione mafiosa e dispone conseguenze interdittive rilevanti, impedendo l'inizio o la prosecuzione di qualsivoglia rapporto

⁶²⁰ Sulla compatibilità della disciplina del d.lgs. n. 159/2011 con i principi europei, in rapporto alla presunta indeterminatezza dei presupposti normativi che legittimano l'emissione dell'informazione antimafia, da ultimo Cons. Stato, sez. III, aprile 2021, n. 3182; negli stessi termini Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

⁶²¹ Tra i molti F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, 2018, 6; G.M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. Scomparin, Torino, Giappichelli, 2016, 109 ss.; M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, cit.; C. Contessa, *Sui rapporti fra l'informativa interdittiva c.d. "successiva" e la revoca di contributi pubblici*, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 375 ss.; R. Di Giglio, *Informativa antimafia successiva e restituzione dei contributi pubblici "nei limiti delle utilità conseguite"*, in *Foro amm.*, 2019, 7-8, 1267 ss.; C. Commandatore, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridico speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 ss.

⁶²² Per una panoramica sulla giurisprudenza più recente si rinvia a M. Nocelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Mezzotero, S.P. Putrino Gallo, *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. Adv. Stato*, 2017, 2.

⁶²³ Ci si riferisce da ultimo alla sentenza della Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, a seguito della cancellazione di una ditta dall'albo delle imprese artigiane, disposta a seguito dell'adozione di informazione antimafia interdittiva. Nel considerato in diritto, la Consulta, evidenzia la «natura cautelare e preventiva» della misura, che comporta «un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa. Deriva dalla natura stessa dell'informazione antimafia che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari». Al contempo, valorizza il contributo della giurisprudenza amministrativa nell'«individuazione di un nucleo consolidato (sin dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione terza, 3 maggio 2016, n. 1743, come ricorda la sentenza della terza sezione, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale».

⁶²⁴ Da ultimo CGUE, sez. IX, ord., 28 maggio 2020, n. 17/20 ha ritenuto irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Tar Puglia, Bari, sez. III, ord. 3 gennaio 2020, n. 28, sulla compatibilità della disciplina nazionale sull'informativa antimafia con il principio del contraddittorio, nella parte in cui non prevede il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato,

⁶²⁵ Il legislatore ha, da un lato, individuato alcune situazioni idonee a comprovare un eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa (i.e.: la presenza di provvedimenti giurisdizionali di condanna, anche non definitivi, in ordine ad alcuni delitti, art. 84, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 159/2011); dall'altro lato, l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011 contiene una clausola generale che consente al prefetto di desumere l'infiltrazione mafiosa da condizioni di volta in volta differenti da individuarsi, a seconda delle realtà criminali. In dottrina sull'atipicità si veda per tutti A. Amore, *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 251 ss.

con l'amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione⁶²⁶.

Nell'indagine condotta, rileva la circostanza che quegli indici, che caratterizzano il sindacato del giudice in materia, altro non sono che presupposti di fatto, tanto che ai fini dell'adozione di un'informativa antimafia e del relativo sindacato, «l'attualità dell'indizio, del fatto di reato o del tempo di un'indagine penale non sono condizione richiesta dalla normativa di settore non implicando di per sé solo, anche sul piano logico, il mero decorso del tempo, la perdita del requisito dell'attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa». È dall'analisi complessiva dei fatti e delle vicende esaminate che deve emergere «un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa»⁶²⁷.

Il sindacato del giudice amministrativo rimane limitato ai profili di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti della valutazione del prefetto, che, per come si afferma nelle maggior parte delle pronunce, è connotata da ampia discrezionalità⁶²⁸, ma sotto il profilo dell'accesso al fatto è certamente un sindacato sul fatto, sintetizzato nella predetta valutazione.

Più nel dettaglio, gli elementi di fatto valorizzati dal provvedimento prefettizio devono essere valutati «non atomisticamente, ma in chiave unitaria, secondo il canone inferenziale, al fine di valutare l'esistenza o meno di un pericolo di una permeabilità a possibili tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, secondo la valutazione di tipo induttivo che la norma attributiva rimette al potere cautelare dell'amministrazione»⁶²⁹, «sulla base, oltre che della regola causale del “più probabile che non”, anche dei dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso) e che risente della estraneità al sistema della

⁶²⁶ Sulla natura giuridica e sugli effetti dell'interdittiva antimafia si veda per tutte Cons. Stato, ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3.

⁶²⁷ Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293.

⁶²⁸ È di contrario avviso F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, cit., secondo cui «la valutazione rimessa al Prefetto è certamente opinabile, soggettiva, ma non è discrezionale: attiene alla conoscenza dei fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che una impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. (...) Intendiamoci, si tratta di una materia assai delicata; ed è comprensibile che il giudice voglia lasciare all'amministrazione competente le scelte, le decisioni e le relative responsabilità, soprattutto morali, della esclusione dal mercato dei contratti pubblici di imprese che operano legalmente. Ma non si può trascurare che la tenuità del controllo giudiziale può spingere, e di fatto certamente spinge, l'amministrazione (non solo il Prefetto, anche e soprattutto gli agenti di polizia) ad intravedere tentativi di infiltrazione sulla base di indizi insufficienti. Tutto ciò rende indispensabile, a mio avviso, una tutela giudiziaria piena e rigorosa, basata sull'attento riscontro dei fatti indiziari».

⁶²⁹ Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2021, n. 5723; in termini tra le molte Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2021, n. 1889; Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2021, n. 3379; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1825; Cons. Stato Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1447.

prevenzione antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio»⁶³⁰.

Il fatto è rappresentato dai contatti, conoscenze, colleganze, amicizie o frequentazioni ripetuti, di tipo personale o strettamente imprenditoriale; dai rapporti di parentela tra imprenditore, soci e parenti di questo con soggetti malavitosi, che se irrilevanti quali episodi isolati, divengono significativi in rapporto al «tentativo di infiltrazione mafiosa» per le modalità, i luoghi e gli orari in cui avvengono, perché possono far presumere la comunanza di interessi e il fatto che «l'imprenditore, direttamente o anche tramite un proprio intermediario, scelga consapevolmente di porsi in dialogo e in contatto con ambienti mafiosi»⁶³¹; dalle vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, «incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un volto di legalità idoneo a stornare sospetti»⁶³².

In materia, il pieno accesso del giudice amministrativo ai fatti rivelatori del pericolo è ammesso nella giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, che rileva che il giudice conosce il fatto non solo per verificarne l'esistenza, ma anche per apprezzarne la gravità e la rilevanza ai fini del giudizio sul pericolo di infiltrazione mafiosa⁶³³. Nel sindacato sull'interdittiva e dunque, nel giudizio sulla ragionevolezza e proporzionalità della valutazione del prefetto, il fatto rileva sia nella fase di «diagnosi dei fatti rilevanti», sia in quella che il Consiglio di Stato individua come «prognosi di permeabilità mafiosa»⁶³⁴.

L'accesso al fatto, per quanto indubbio se si analizza il contenuto delle sentenze, presenta anche in questa materia non poche criticità nella sua affermazione. Alle pronunce che rilevano che i giudici «non si limitano ad un controllo estrinseco», ma procedono «ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza»⁶³⁵, continuano, infatti, ad affiancarsi sentenze che ricorrono alla nozione di discrezionalità per giustificare un sindacato giurisdizionale debole «estraneo [all]'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del

⁶³⁰ Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2021, n. 4061.

⁶³¹ Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6208.

⁶³² Corte cost., n. 57/2020.

⁶³³ Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2020, n. 5416: «Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame»; negli stessi termini Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651; più di recente Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5770.

⁶³⁴ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

⁶³⁵ Così anche Corte cost., n. 57/2020.

provvedimento»⁶³⁶. Si giunge addirittura a casi, nei quali il giudice amministrativo immediatamente dopo aver riconosciuto la possibilità di un «pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo», ribadisce la natura discrezionale del giudizio del prefetto per escludere dal suo sindacato «l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento»⁶³⁷, così tradendo le aspettative di un sindacato pieno ed effettivo, che anche quando non lo si voglia elevare alle esigenze di *full jurisdiction* e al recupero *ex post* delle garanzie pretermesse nel procedimento svolto davanti all'autorità amministrativa⁶³⁸, certamente risulta necessario per una tutela giudiziaria piena e rigorosa, basata sul puntuale riscontro dei fatti indiziari⁶³⁹.

5. L'accesso al fatto tra competenze giuridiche e saperi estranei al giudice amministrativo nel contenzioso sui giudizi di abilitazione

Il contenzioso sui giudizi di abilitazione ha rappresentato di frequente l'occasione per riflessioni sul tema dei poteri e dei limiti del giudice nell'accesso diretto al fatto, tanto sul piano generale, quanto sul piano delle possibili deviazioni dallo schema generale, quando le questioni controverse e la competenza richiesta erano direttamente collegate alla sua conoscenza del diritto⁶⁴⁰.

In materia, il “fatto” è rappresentato dalle pubblicazioni scientifiche e dai titoli presentati, oggetto della valutazione della commissione, che sulla base dei parametri quantitativi e qualitativi indicati dagli artt. 4 e 5, d.m. 7 giugno 2016, n. 120 accerta la maturità scientifica del candidato, attestata per le funzioni di «dall'importanza delle

⁶³⁶ Cons. Stato, 1 aprile 2019, n. 2141; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 30 marzo 2021, n. 283; Tar Campania, Salerno, sez. I, 24 novembre 2020, n. 1739.

⁶³⁷ Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5765, dopo aver rilevato che il sindacato del giudice amministrativo «con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti» (pt. 1), conclude, richiamando i canoni tradizionali, ovvero che «al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento» (pt. 8).

⁶³⁸ Sulla concezione europea di sanzione sostanzialmente penale e sulle conseguenti garanzie per tutti F. Goisis, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 337 ss.; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 988 ss.

⁶³⁹ Così F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, cit.

⁶⁴⁰ Per un'analisi giurisprudenziale più generale si veda L. Belviso, M. Lavatelli, *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, cit.; A. Sau, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, cit. Per un'analisi più specifica della giurisprudenza sull'abilitazione scientifica nazionale F.S. Amodio, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 169 ss., spec. 179 ss.; F. de Leonardis, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 2016, 3, 715 ss.; A. Banfi, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 605 ss.

tematiche scientifiche affrontate e dal raggiungimento di risultati di rilevante qualità e originalità, tali da conferire una posizione riconosciuta nel panorama anche internazionale della ricerca», per le funzioni di professore di seconda riconosciuto «un positivo livello della qualità e originalità dei risultati raggiunti nelle ricerche affrontate e tale da conferire una posizione riconosciuta nel panorama almeno nazionale della ricerca»⁶⁴¹.

Il fatto presupposto del potere di abilitazione, ovvero il livello di maturità scientifica dei candidati, viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di “fatto storico” (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto “mediato” e “valutato” dalla pubblica amministrazione.

Nelle sentenze alla frequente affermazione secondo cui il giudizio della commissione «in quanto inteso a verificare e a misurare il livello di maturità scientifica raggiunto dai singoli candidati, costituisce espressione della discrezionalità tecnica riservata dalla legge a tale organo collegiale le cui valutazioni, riflettendo specifiche competenze solo da esso possedute, non possono essere sindacate nel merito dal giudice della legittimità»⁶⁴², spesso si affianca il pacifico riconoscimento di un accesso del giudice al fatto.

Si ammette, cioè, che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione possa svolgersi «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»⁶⁴³, con l'effetto che i limiti tra legittimità e merito, tra controllo intrinseco e estrinseco si fanno meno netti di quanto parrebbe desumersi dalle affermazioni di principio.

Per quanto il giudizio della commissione sia ritenuto insindacabile e si arresti «dinanzi all'intangibilità di quel “nucleo intimo della decisione discrezionale” che non sia scientificamente del tutto inaccettabile»⁶⁴⁴, spesso, infatti, l'insufficienza o la contraddittorietà della motivazione vengono censurate in ragione della mancata considerazione di elementi fattuali. Il giudice si trova, così, a rivalutare il curriculum dei ricorrenti, i titoli e le pubblicazioni scientifiche presentate, il peso attribuito alla collocazione editoriale su riviste qualificate, la partecipazione a convegni, seminari, progetti di ricerca di comprovata rilevanza accademica, il possesso di specifici titoli professionali, così sostanzialmente sostituendo il proprio giudizio sulla maturità scientifica del candidato a quello della commissione.

Se in astratto potrebbe ritenersi che il giudizio della commissione sia ripetibile dal giudice sotto il profilo quantitativo (il possesso di almeno tre titoli tra quelli scelti dalla Commissione, rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *b*), d.m. n. 120/2016), senza

⁶⁴¹ Cfr. art. 3, d.m. n. 120/2016.

⁶⁴² Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 14 giugno 2021, n. 7109.

⁶⁴³ Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 marzo 2019, n. 3653.

⁶⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 195.

che siano richieste competenze specifiche e senza il limite della insindacabilità nel merito, ove non manifestamente irragionevole, illogico, o erroneo in fatto, nei giudizi in oggetto, il profilo quantitativo pare difficilmente distinguibile da quello più propriamente qualitativo e il non riconoscimento di un titolo, rilevante quantitativamente, passa necessariamente per la sua valutazione sul piano qualitativo.

Il giudizio, infatti, riguarda la coerenza delle pubblicazioni con le tematiche del settore concorsuale; l'apporto individuale del candidato nei lavori in collaborazione; la qualità della produzione scientifica, nel contesto nazionale e internazionale di riferimento; la sua originalità e rilevanza nel settore concorsuale; la collocazione editoriale dei prodotti scientifici.

Le considerazioni fatte trovano piena conferma nei concorsi in materie giuridiche: il giudice, infatti, pur affermando di limitarsi a valutare la coerenza e la correttezza della scelta tecnica demandata all'amministrazione, sembra in verità applicare una sorta di scienza privata e operare personalmente la comparazione tra i candidati, sostanzialmente sostituendo il suo giudizio a quello dell'amministrazione.

Come affermato dal Consiglio di Stato in un caso recente in cui si trattava di valutare il giudizio negativo sulla qualificazione scientifica di un candidato per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale all'esercizio delle funzioni di professore universitario di prima fascia in diritto dell'Unione europea, quando si tratta di interpretare e applicare temi del diritto diventa più difficile individuare il limite dei poteri del giudice, perché «la conoscenza tecnica del giudice è presupposta, implicita nei meccanismi della sua selezione»⁶⁴⁵.

Non è d'altro canto giustificabile che, a seconda della natura giuridica o meno delle questioni tecniche sottoposte, il sindacato del giudice vari a tal punto da divenire sostitutivo nel campo giuridico «perché ciò renderebbe palese una differenza di trattamento tra le diverse discipline: da un lato, quelle giuridiche, in cui l'organo giudicante potrebbe applicare una sorta di scienza privata e, dall'altro, le rimanenti scienze, sottoposte al vaglio mediato del rinvio al settore giuridico di appartenenza»⁶⁴⁶.

La sentenza, passando alle modalità di accesso del giudice al fatto, «mediato da valutazioni tecnico discrezionali da qualunque campo scientifico provenienti», giunge così a individuare come criterio generale quello del «paradigma scientifico maggiormente accolto nella comunità scientifica di riferimento»⁶⁴⁷.

Se è condivisibile l'affermazione secondo cui «non è immaginabile che in sede giudiziaria l'avvicinamento al fatto avvenga tramite un meccanismo di *trial and error*», vi è da chiedersi come il giudice possa individuare il paradigma e poi valutare la corrispondenza tra il paradigma e la scelta concreta operata dall'amministrazione.

⁶⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

⁶⁴⁶ Cons. Stato, n. 8387/2020.

⁶⁴⁷ Cons. Stato, n. 8387/2020.

In altri termini, nella sua concreta applicazione il criterio del paradigma non pare in grado di ovviare alle criticità del sindacato sulle valutazioni tecniche e di un accesso non adeguato del giudice amministrativo al fatto, in quanto si fonda sull'assunto, invero non scontato, che il giudice sia in grado di individuare il paradigma (magari senza l'ausilio di un consulente tecnico) e successivamente di valutare l'operato dell'amministrazione sulla scorta del paradigma.

Accertare che l'amministrazione sia tecnicamente attrezzata e si sia avvalsa del paradigma scientifico disponibile pare, in altri termini, più che un utile meccanismo per trasformare il fatto opinabile in «un elemento gestibile e criticabile nel processo»⁶⁴⁸, un espediente, in alcuni casi, per mascherare quella che rimane una comparazione tra i candidati operata direttamente dal giudice, in altri casi, per limitare il suo sindacato.

Così nel caso oggetto della sentenza, il Consiglio di Stato, pur richiamando i principi tradizionalmente affermati sull'impossibilità per il giudice di sostituire la propria valutazione a quella della commissione, conferma la sentenza di primo grado, che sostanzialmente aveva preso posizione sulla complessiva non coerenza delle pubblicazioni con le tematiche del settore, dando rilievo al fatto che la stessa monografia era stata presentata dal candidato per l'abilitazione in altro settore.

Vi è un altro aspetto, che, infine, merita di essere rilevato, perché, come già evidenziato (si v. *supra* Capitolo secondo, § 5), la materia è stata l'occasione di recente per considerazioni più ampie sul riesercizio del potere a seguito di un giudizio e per l'individuazione di un limite alla discrezionalità, con l'effetto che la piena conoscenza del fatto da parte del giudice «oltrepassa la funzione meramente giustificativa della decisione, in quanto può conformare la successiva attività amministrativa»⁶⁴⁹.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, le valutazioni dell'amministrazione, successive alla prima, non dovrebbero prescindere dalle risultanze di fatto su cui le sentenze azionate si fondano: la commissione giudicatrice in diversa composizione nominata per ottemperare alla sentenza che ha dichiarato l'illegittimità della valutazione gravata non può cioè rivedere e modificare eventuali profili positivi già espressi.

Il caso citato è significativo, perché oltre a ribadire i suddetti principi, giunge a conclusioni ulteriori, che in parte si spiegano in ragione della indubbia peculiarità della vicenda. Una professoressa di diritto del lavoro si era, infatti, vista per ben tre volte negare l'abilitazione scientifica nazionale, il primo annullamento del diniego all'abilitazione aveva posto il limite qualitativo di vietare il diniego all'abilitazione a

⁶⁴⁸ Cons. Stato, n. 8387/2020.

⁶⁴⁹ Il riferimento è alla già citata Cons. Stato, n. 1321/2019. In dottrina si vedano S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, cit.; F. Caporale, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, cit.; A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.

fronte di giudizi espressi con le formule “buono” e “accettabile”; il secondo annullamento del diniego di abilitazione era stato motivato sull’assunto che la nuova commissione aveva introdotto un parametro ulteriore rispetto a quelli utilizzati dalla prima commissione e, dunque, il possesso di una seconda monografia, non era circostanza valutabile in sede di riesercizio del potere. Nel giudizio in appello sull’illegittimità del terzo provvedimento, il Consiglio di Stato non si è limitato a condannare l’amministrazione a procedere ad un nuovo esame della candidata, avvalendosi di una commissione in differente composizione, ma ha disposto che, in attuazione del giudicato, il MIUR rilasciasse direttamente l’abilitazione.

La decisione è particolarmente significativa nell’ambito dell’analisi condotta, perché a fronte del successivo, terzo diniego, a ben vedere più per ragioni legate alla «insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino»⁶⁵⁰ che, in virtù della progressiva e compiuta conoscenza dei fatti rilevanti ai fini del decidere, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che, dopo il terzo diniego, il giudicato opera in sé come «fatto e non come atto» e ha l’effetto di «svuotare» l’amministrazione del proprio potere di decidere sfavorevolmente nei confronti dell’amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

6. Verso un sindacato di “maggiore attendibilità” nell’accesso al fatto economico in materia di sanzioni antitrust

Il sindacato sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti è stato reso in generale più incisivo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, anche di recente, con riguardo alle valutazioni dell’AIFA sull’utilizzo dell’idrossiclorochina per il trattamento da Covid-19, ha ribadito che il controllo giurisdizionale «non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere», ammettendo «una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall’amministrazione nelle sue determinazioni»⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Cons. Stato, n. 1321/2019.

⁶⁵¹ Cons. Stato, sez. III, ord. 11 dicembre 2020, n. 7097.

L'analisi sarà tuttavia circoscritta ai provvedimenti dell'Autorità antitrust⁶⁵², in particolare quelli sanzionatori⁶⁵³, sia perché, sul piano teorico, la specifica materia, oltre ad essere oggetto di una giurisdizione «con cognizione estesa al merito» ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., è stata l'occasione per la prospettazione di un nuovo modello di controllo, quello della «maggiore attendibilità», sia perché, sul piano pratico, rappresenta il terreno d'elezione per le considerazioni svolte sull'accesso al fatto a fronte di un più frequente ricorso a verificazioni e a consulenze tecniche e di un utilizzo inedito per il giudizio amministrativo dei principi dell'onere della prova.

Con riguardo al primo aspetto, in un oramai noto caso nel quale l'AGCM ha sanzionato un cartello tra due grandi imprese farmaceutiche volto a limitare la circolazione di un medicinale meno costoso per gravi patologie oftalmiche e a sostenere la diffusione di un prodotto dal prezzo assai più alto⁶⁵⁴, il Consiglio di Stato, dopo alcune considerazioni generali sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM⁶⁵⁵, si è soffermato sul versante dei provvedimenti sanzionatori e sulle implicazioni derivanti dalla concezione sostanzialmente penale accolta dalla giurisprudenza CEDU⁶⁵⁶. Ha chiaramente affermato la piena e diretta verifica del fatto da parte del giudice amministrativo, rilevando come quest'ultimo non debba limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dall'Autorità «rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze

⁶⁵² Di recente sul sindacato sui provvedimenti dell'AGCM S. de Nitto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, cit., 209 ss.; Id., *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 1, 181 ss.; F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1207 ss. Si vedano altresì A. Travi, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 2, 425 ss.; D. de Pretis, *Antitrust valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Diritto e formazione*, 2004, 997 ss.; R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1019 ss.; R. Caranta, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006, 245 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007, 253 ss.

⁶⁵³ Per un'analisi più generale della giurisprudenza in materia di recente S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, cit.

⁶⁵⁴ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990. Il caso è ricostruito da A. Mastrorilli, *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 3, 489 ss.

⁶⁵⁵ Esula dalla presente analisi il dibattito sulla natura del potere esercitato da AGCM su cui per tutti si vedano M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 245 ss.; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 346 ss.

⁶⁵⁶ Sul tema per tutti F. Goisis, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.; F. Cintioli, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 507 ss.

rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie»⁶⁵⁷.

Nel caso di specie, ma più in generale in materia, la ricostruzione giuridica dei fatti e l'accesso al fatto nella sua realtà storica risultano centrali: l'immissione in commercio dei farmaci in momenti diversi, la concreta sostituibilità degli stessi, l'utilizzo dell'uno per curare malattie diverse dai tumori metastatici, le modalità di stipulazione degli accordi di licenza tra imprese, le limitazioni all'uso *off label*, l'analisi del mercato rilevante sono presi in considerazione dal giudice per decidere.

Il Consiglio di Stato giunge così ad affermare che al sindacato di mera «attendibilità tecnica» andrebbe sostituito «un sindacato pieno di maggiore attendibilità» con un controllo pieno e diretto «della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)»⁶⁵⁸. In questi casi non sarebbe, dunque, corretto impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non ponendosi un problema di possibilità o meno di sindacato sostitutivo, in quanto il giudice «è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziale invocata (nella specie,)» e non operano i limiti insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere⁶⁵⁹. In altri termini, se il criterio è quello della maggiore o minore attendibilità, la valutazione dell'autorità espressa nel provvedimento sanzionatorio impugnato è astrattamente posta sullo stesso piano di quella operata dalle parti e il giudice accede al fatto, non necessariamente per sostituirsi⁶⁶⁰, ma per decidere sulla plausibilità della spiegazione fornita dalle parti rispetto a quella fatta propria dall'Autorità e che trova sintesi nel provvedimento sanzionatorio.

⁶⁵⁷ Non convince la proposta di un sindacato di maggiore attendibilità M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss. Per un commento della sentenza si vedano anche S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit.; L. Arnaudo, R. Pardolesi, *La saga Avastin/Laurentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533 ss.; M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21; A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, cit.

⁶⁵⁸ Cons. Stato, n. 4990/2019.

⁶⁵⁹ Tanto sarebbe confermato dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha espressamente previsto al secondo periodo: «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima». Sulle ricadute dell'art. 7, d.lgs. n. 3/2017, sul tipo di controllo che il giudice amministrativo è chiamato a esercitare sui provvedimenti antitrust si veda F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit.

⁶⁶⁰ F. Cintioli, *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, cit., 1231, propone di utilizzare il concetto di giusto processo, piuttosto che quelli di sindacato sostitutivo o non sostitutivo, debole o forte, esterno o interno, passando così «dalla definizione di cosa sia il sindacato sugli accertamenti *antitrust* al "come" il sindacato deve essere esercitato nel processo».

Se così è, il provvedimento diverrebbe l'«occasione» per l'accesso del giudice al fatto, non l'oggetto limitato della sua cognizione e la valutazione dell'autorità si porrebbe sullo stesso piano di quella delle parti⁶⁶¹.

La «propensione del giudice a spingersi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento» per come affermata nel 2019 dal Consiglio di Stato non è tuttavia pacifica, tanto che il criterio della «maggiore [o minore] attendibilità» è, da un lato, stato disatteso dalla giurisprudenza successiva e, dall'altro lato, la specifica vicenda dell'intesa Hoffmann-La Roche è stata portata anche avanti alla Cassazione, quale giudice dei conflitti⁶⁶².

A ben vedere, con riguardo a quest'ultimo punto, il ricorso in Cassazione pare motivato più dal tentativo di perseguire un terzo grado di merito, che da convincenti ragioni di superamento dei limiti esterni della giurisdizione⁶⁶³. Si è, infatti, utilizzato l'espedito del diniego di giurisdizione e dell'eccesso di potere giurisdizionale, sull'assunto che il Consiglio di Stato in parte non avesse operato alcun sindacato né alcuna valutazione sui fatti fondanti la decisione di AGCM, in parte ne avesse invaso i poteri amministrativi confermando la sanzione da questa irrogata sulla base di fatti diversi. Le Sezioni Unite, tuttavia, hanno rigettato tutti i ricorsi, rilevando, sotto il primo profilo e ai fini che interessano, che il Consiglio di Stato non ha ommesso di espletare il vaglio dei fatti rilevanti, ma, al contrario, «ha compiuto *in toto* l'accertamento fattuale», affrontando in modo espresso la questione della sostituibilità terapeutica dei due farmaci e della natura ingannevole delle informazioni sugli effetti collaterali pregiudizievoli degli stessi⁶⁶⁴.

D'altro canto, a riprova dei perduranti incerti confini del sindacato sugli atti dell'AGCM⁶⁶⁵, rileva la circostanza che la stessa sesta sezione del Consiglio di Stato, pur espressamente citando la sentenza n. 4490 e il canone della «maggiore attendibilità», pare non confermare la prospettata soluzione nella giurisprudenza immediatamente successiva, continuando a richiamare il tradizionale parametro della ragionevolezza tecnica nel sindacato giurisdizionale sulle intese anticoncorrenziali «senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali»⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Esprime dubbi M. Clarich, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 100 ss., secondo cui «non sembra plausibile che il giudice attribuisca di fatto lo stesso peso al provvedimento di un'autorità indipendente rispetto agli atti difensivi della parte che impugna la sanzione».

⁶⁶² A. Travi, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, seminario di studio del 14 febbraio 2019.

⁶⁶³ Sul tema dell'eccesso di potere giurisdizionale si v. *supra* Capitolo secondo, § 7.

⁶⁶⁴ Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2021, n. 26920.

⁶⁶⁵ Parla di «“schizofrenia” giurisprudenziale» S. de Nitto, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, cit., 220.

⁶⁶⁶ Così Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2019, nn. 5558-5564; Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314.

Al di là dei potenziali effetti di un più ampio accesso al fatto, il sindacato del giudice resta ancora ancorato alla macroscopica illegittimità e per l'effetto si giunge a ritenere inidoneo a produrre un apprezzabile effetto anticoncorrenziale un cartello formato da imprese che complessivamente rappresentano il 25/30% del mercato «alla luce del fatto che i consumatori avrebbero comunque avuto a disposizione numerose e valide alternative (il rimanente 70/75% del mercato) tali da rendere inutile qualsiasi ipotetica collusione»⁶⁶⁷.

Vi è poi un altro aspetto da rilevare e riguarda il tema dell'istruttoria: la rilevanza del fatto nella valutazione dell'illegittimità o meno della sanzione pone, infatti, il giudice di fronte a un concreto problema di prova⁶⁶⁸.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, consapevole della difficoltà di fornire una prova piena dei fatti che integrano l'infrazione, ha ritenuto in materia che «la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché vi siano indizi gravi, precisi e concordanti, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate»⁶⁶⁹.

Mentre la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità⁶⁷⁰; con riguardo ai cd. «elementi esogeni», ovvero dei contatti tra le imprese, degli scambi di informazioni, «non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale e, quindi, sintomatici di un'intesa illecita»⁶⁷¹, «si determina un'inversione dell'onere della prova che ricade in capo all'impresa»⁶⁷².

⁶⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 296.

⁶⁶⁸ Su tale aspetto si veda S. de Nitto, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 228 ss.

⁶⁶⁹ Cons. Stato, n. 4990/2019.

⁶⁷⁰ Sul tema Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2674: «Normalmente si opera la distinzione tra parallelismo naturale e parallelismo artificialmente indotto da intese anticoncorrenziali, in cui la prima fattispecie è da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso (elementi endogeni), la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'AGCOM; nel secondo caso (elementi esogeni), l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa».

⁶⁷¹ Cons. Stato, n. 4990/2019.

⁶⁷² Così di recente Tar Lazio, sez. I, 12 luglio 2021, n. 8240: «In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a

In materia il rigetto o l'accoglimento della domanda dipendono più frequentemente di quanto accade in altre materie, nelle quali l'onere della prova non è così rigidamente ripartito, dall'aver o meno fornito la prova della propria pretesa, così avviandosi verso un timido superamento di quella presunzione di esattezza, che in linea generale continua ad assistere i provvedimenti delle autorità indipendenti.

Così, anche di recente, il Tar Lazio, ha rigettato il ricorso sull'assunto che «il provvedimento impugnato evidenzia e dimostra in maniera puntuale e con un corredo probatorio adeguato la strategia collusiva posta in essere dalle imprese interessate dal procedimento in esame», e, viceversa, «le spiegazioni economiche alternative che le imprese hanno fornito per giustificare la propria condotta nel contesto oggetto di accertamento non appaiono sufficientemente attendibili e, comunque, non in grado di sovvertire le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, che risultano essere congruenti e condivisibili»⁶⁷³.

Ha, invece accolto il ricorso annullando il provvedimento dell'AGCM, sull'assunto che la spiegazione fornita dalle parti appare plausibile, in assenza di altri elementi esogeni più diretti e specifici: mancherebbero cioè nel provvedimento «elementi indiziari, gravi precisi e concordanti, tali da delineare un quadro sufficientemente chiaro, non altrimenti spiegabili se non con l'esistenza della accertata pratica concordata, volta a limitare il confronto competitivo nei mercati rilevanti: a) dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, di estensione geografica nazionale; b) dei servizi al dettaglio dell'accesso su rete fissa a banda stretta, di estensione geografica nazionale; c) dei servizi al dettaglio di telecomunicazioni su rete fissa a banda larga e ultralarga, di estensione geografica nazionale. Al contrario la parte ricorrente ha fornito una spiegazione plausibile dei ricostruiti incontri e scambi di informazioni, alternativa a quella ricostruita dall'AGCM»⁶⁷⁴.

Se nella maggior parte dei casi il sindacato sulle sanzioni con cognizione estesa al merito si traduce in primo grado nella conferma dei provvedimenti emanati, riconfermata in secondo grado, al di là delle alterne e discusse vicende sul sindacato e sui suoi limiti, pare assistersi ad un timido superamento di quella «presunzione di esattezza»⁶⁷⁵, che, ancorché costituzionalmente dubbia⁶⁷⁶, assisteva i provvedimenti,

quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925).

⁶⁷³ Tar Lazio, sez. I, 22 luglio 2021, n. 8825.

⁶⁷⁴ Tar Lazio, sez. I, 12 luglio 2021, n. 8240.

⁶⁷⁵ Così A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, cit., 443; parla di «prova privilegiata» G. Greco, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 999 ss.

⁶⁷⁶ Esprime considerazioni critiche alla luce del quadro costituzionale S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit., secondo cui «altro è configurare un'amministrazione che, per indipendenza e tecnicità, riesca a svolgere anche un

anche sanzionatori delle autorità indipendenti, facendo permanere il dubbio del loro senso ultimo⁶⁷⁷.

7. Le sanzioni della Banca d'Italia: il “rimedio” del riparto di giurisdizione

Un altro settore che merita qualche breve considerazione è quello delle sanzioni della Banca d'Italia.

L'interesse si spiega anche in ragione del fatto che la materia, come anticipato, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2014 è stata devoluta alla cognizione del giudice ordinario⁶⁷⁸, che pare continuare a difendere un modello procedimentale sostanzialmente amministrativo⁶⁷⁹. Le criticità nell'accesso al fatto e la resistenza nel sindacare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza del credito anche da parte del giudice ordinario mostrano in conclusione come il problema dell'accesso al fatto non possa additarsi esclusivamente a un atteggiamento del giudice amministrativo, ma sia più in generale spiegabile, non necessariamente giustificabile, in ragione della peculiarità e degli interessi sottesi a determinate materie.

Non vi è dubbio, infatti, che le sanzioni della Banca d'Italia e il procedimento di irrogazione delle stesse si siano da sempre caratterizzati per una conclamata “specialità”⁶⁸⁰ rispetto alle altre sanzioni amministrative⁶⁸¹. D'altro canto, la centralità

ruolo di composizione sociale, altro è imporre, in un contesto costituzionale che valorizza fortemente (a torto o a ragione) il ruolo del giudice, una limitazione *ex ante* della intensità del sindacato».

⁶⁷⁷ S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1996, 217 ss. si interrogava sul perché venissero create autorità indipendenti «per assoggettare, poi, la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale».

⁶⁷⁸ Non è questa la sede per ripercorrere l'intero excursus normativo che ha caratterizzato il riparto di giurisdizione sulle sanzioni della Banca d'Italia. Per una sintesi si rinvia a W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 33 ss.

⁶⁷⁹ Sia consentito sul tema il rinvio a C. Sereni Lucarelli, *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2020, 2, 317 ss.

⁶⁸⁰ *Ex multis* Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49 ha affermato che «La procedura sanzionatoria in materia bancaria e creditizia, delineata dall'art. 145 del decreto legislativo n. 385 del 1993, ha carattere di specialità rispetto a quella che riguarda le altre violazioni punite con una sanzione amministrativa pecuniaria, espressamente prevista come disciplina comune ma derogabile (art. 12 della stessa legge n. 689 del 1981). La particolarità della materia, direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria, e la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore, giustificano, in continuità con la precedente disciplina (art. 90 del regio decreto-legge n. 375 del 1936), la scelta del legislatore di mantenere con carattere di specialità anche la procedura sanzionatoria amministrativa, in caso di infrazioni, e di assicurare la tutela giurisdizionale secondo il rito camerale, con i conseguenti limiti quanto alla impugnabilità della decisione assunta con decreto».

⁶⁸¹ Più in generale sulle sanzioni amministrative si veda A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983, spec. 87, secondo cui le sanzioni amministrative non possono essere considerate come «un istituto unitario, monolitico, ma come un istituto composito». Si veda altresì per tutti E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988. Il panorama che si offre all'interprete è quello di “tipologie” di sanzioni amministrative, irrogate al

della materia e l'attenzione dedicategli dalla dottrina e dalla giurisprudenza si spiega in ragione della rilevanza delle stesse in termini economici⁶⁸²: con la crisi economico-finanziaria del 2009 il potere sanzionatorio, utilizzato più con sanzioni vicine ai massimi edittali che ai minimi, è divenuto lo strumento prediletto delle autorità di vigilanza e tra queste di Banca d'Italia⁶⁸³ e le sanzioni irrogate sono capaci di incidere in maniera talvolta più pervasiva di una sanzione penale sulla vita professionale e relazionale del soggetto sanzionato⁶⁸⁴.

termine di procedimenti differenti, impugnabili davanti a giudici diversi, disciplinate da regole più o meno tecniche e più o meno stringenti a seconda dell'autorità competente, il cui unico denominatore comune finisce per essere la presenza di un'autorità pubblica che esercita un potere per il perseguimento di un interesse pubblico. I confini della materia sanzionatoria sono dunque più confusi di quanto spesso si sottolinei: non può negarsi che ci sono principi generali applicabili a tutte le sanzioni amministrative (esiste una legge generale, la l. 689/1981, che definisce la disciplina delle sanzioni amministrative di carattere pecuniario), ma quei principi sono spesso inadeguati nel confronto con le garanzie europee o disattesi nelle discipline settoriali.

⁶⁸² Questa circostanza incide sulla natura delle sanzioni e sui problemi che ne conseguono in termini di garanzie procedurali e processuali, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Non è sufficiente interrogarsi sulla natura penale o amministrativa di una sanzione, ma, alla luce di un'analisi sostanziale e non meramente formale del suo contenuto, occorre chiedersi se la stessa abbia natura intrinsecamente penale. Sul punto si vedano E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2018, 45 ss.; C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica e una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; F. Goisis, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 337 ss.; E. Bindi, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 3007 ss.; A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 23 ss. Già C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, 151 ss. mettevano in luce il rilievo della Convenzione europea per la disciplina delle sanzioni amministrative in Italia si chiedevano «se le garanzie sostanziali e, soprattutto, processuali previste dagli artt. 5, 6, 7 per l'illecito penale fossero estensibili all'illecito amministrativo».

⁶⁸³ Sul punto si vedano le relazioni annuali sulla gestione e sull'attività della Banca d'Italia, consultabili su www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-gestione. La relazione del 31 maggio 2021 relativa all'anno 2020 evidenzia come dei cinquantuno procedimenti avviati, quarantanove si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un totale di circa dieci milioni di euro interamente destinati al bilancio dello Stato; nel 2019 dei quaranta procedimenti sanzionatori, trentotto si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, per un importo complessivo di quasi nove milioni di euro; nel 2018 la Banca d'Italia ha concluso venticinque procedimenti su ventotto procedimenti istruiti per un ammontare complessivo di circa tre milioni di euro; nel 2017 trentacinque procedimenti si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni per un ammontare complessivo di circa dieci milioni di euro.

⁶⁸⁴ G.L. Gatta, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitiva" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, rileva la «ormai acquisita consapevolezza del carattere estremamente affittivo che le sanzioni amministrative possono avere, in misura talora maggiore rispetto alle sanzioni penali. Il che significa, come testimonia la vicenda in esame, che non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione", potendo il complessivo trattamento sanzionatorio risultante dalla depenalizzazione essere, per l'appunto, maggiormente affittivo: tra l'altro, come sottolinea la Corte costituzionale, in ragione dell'inapplicabilità della sospensione condizionale della pena, ovvero, per la maggiore effettività delle sanzioni pecuniarie amministrative rispetto alla multa e all'ammenda, che scontano notoriamente elevati tassi di mancata riscossione e, quindi, di ineffettività»; F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, sostiene che «riconoscere natura penale

Il sindacato del giudice ordinario è strettamente legato a quello della natura dell'attività sanzionatoria esercitata. L'affermazione che ha escluso la discrezionalità nell'esercizio del potere sanzionatorio della Banca d'Italia⁶⁸⁵ è sembrata tuttavia ad alcuni più un argomento «per razionalizzare *ex post* scelte legislative di riparto di giurisdizione»⁶⁸⁶, che un'affermazione coerente con le ripartizioni più tradizionali⁶⁸⁷.

Senza voler dare prevalenza a quanto sostenuto dalle plurime sentenze del Consiglio di Stato che hanno disatteso l'orientamento della Cassazione⁶⁸⁸,

a un dato illecito o sanzione significa soltanto affermare che a quell'illecito devono applicarsi le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riservano alla materia penale (...) senza che ciò comporti in alcun modo una riqualificazione a ogni altro fine dell'illecito in questione come “reato”, della sanzione amministrativa come “pena”, o del procedimento applicativo come “processo penale”».

⁶⁸⁵ Cass., sez. II, 31 luglio 2012, n. 13727; Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577; Id., ordd. 27 aprile 2006, nn. 9600 e 9602; Id., 15 febbraio 2005, n. 2980; Id., 24 gennaio 2005, n. 1362; Id., 22 luglio 2004, n. 13709; Id., 22 luglio 2004, n. 13703; Id., 21 maggio 2004, n. 9730; Id., 15 aprile 2003, n. 5994; Id., 11 febbraio 2003, n. 1992; Id., 11 luglio 2001, n. 9383.

⁶⁸⁶ Cfr. F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 1, 79 ss.

⁶⁸⁷ La teoria secondo cui vi sarebbe un parallelismo tra attività discrezionale e interesse legittimo da una parte e attività vincolata e diritto soggettivo dall'altra, è ormai superata in dottrina e in giurisprudenza. Si rinvia a R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 72 ss.; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 266, secondo cui «il riferimento della giurisprudenza alla discrezionalità o meno del potere di comminare sanzioni pecuniarie al fine di identificare il giudice competente si presta ovviamente a più di una considerazione critica»; F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181 ss., afferma che «l'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione discrezionale o vincolato, autoritativo o non autoritativo, imperativo, ablativo o concessorio viene sempre e comunque sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo»; W. Troise Mangoni, *Sulla giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalle Consob e dalla Banca d'Italia*, in www.diritto-amministrativo.org, secondo cui l'attività vincolata può essere ricondotta alla nozione di potere autoritativo «da un lato, in considerazione dell'argomento secondo cui l'effetto giuridico, sebbene prefigurato in modo compiuto dalla legge, necessita dell'intermediazione del provvedimento per verificarsi; dall'altro, per evitare la confusione tra essenza autoritativa del potere e sue possibili declinazioni e modalità applicative. Aggiungerei che, anche ove sia vincolato, il potere si manifesta più plasticamente nella propria autoritatività nei casi in cui esso operi – come nelle fattispecie qui in esame – in funzione restrittiva della sfera giuridica del privato, nel perseguimento di un interesse pubblico». Si veda anche E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983, 289 secondo cui la corrispondenza fra atto vincolato e diritto soggettivo «può talora non esistere», dal momento che «la garanzia piena dell'interesse del singolo si collega non al fatto generico che l'atto dell'amministrazione sia vincolato, ma a ciò che il vincolo, a carico dell'amministrazione, sia posto verso l'interessato, a esclusivo e soggettivo vantaggio di quest'ultimo [...] Altri vincoli, come tipicamente quelli che derivano dalle norme d'azione, creano bensì doveri per l'amministrazione, ma non verso il destinatario dell'atto». In giurisprudenza a partire da Cons. St., ad. pl., 24 maggio 2007, n. 8 si è affermato che «anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, sicché quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, assumendo così consistenza di interesse legittimo».

⁶⁸⁸ Nella giurisprudenza amministrativa prevale l'idea di una connotazione del potere sanzionatorio come discrezionale: si vedano *ex multis* Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1999; Id., 29 gennaio 2013, n. 542; Id., 24 agosto 2011, n. 4799; Id., 19 aprile 2011, n. 2422; Id., 4 aprile 2011,

confermano altresì tali perplessità le altrettanto numerose sentenze del giudice ordinario che, con riferimento alle sanzioni irrogate da altre *authorities*, hanno affermato che l'atto non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza dell'operazione vietata, ma l'amministrazione opera «come autorità, esercitando poteri discrezionali che le sono attribuiti per la cura degli interessi pubblici ad essa demandati»⁶⁸⁹. Si potrebbe discutere se in questi casi si sia di fronte a valutazioni complesse di tipo tecnico e quindi all'esplicarsi di un'attività discrezionale tecnica, come ritengono alcuni autorevoli autori⁶⁹⁰, o se all'amministrazione, soprattutto nella quantificazione della sanzione, spettino «valutazioni assai simili a quelle che competono al giudice penale in ordine alla commisurazione delle pene inflitte per i reati» (c.d. discrezionalità giudiziale), come ritenuto da molti altri⁶⁹¹. Pare tuttavia

n. 2099; Id., 12 aprile 2011, n. 2256; Id., 12 aprile 2011, n. 2251; Id., 24 marzo 2011, n. 1813; Id., 3 maggio 2010, n. 2507.

⁶⁸⁹ Per esempio, nel settore assicurativo Cass, sez. un., 29 novembre 2007, nn. 24816, 24817, 24818; con riguardo alle sanzioni pecuniarie edilizie Id., 13 aprile 2006, n. 8634; in tema di sanzioni antitrust *ex multis* Id., 9 novembre 2009, n. 23667; Id., 29 aprile 2005, n. 8882.

⁶⁹⁰ F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1, 79 ss.; A. Baldassare, *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011, 578 secondo cui ai fini dell'inquadramento della fattispecie concreta nel modello astratto tratteggiato nella norma «appare corretto ricondurre gli accertamenti compiuti dalla Banca d'Italia alla sfera della discrezionalità tecnica», così come deve parlarsi di discrezionalità tecnica con riguardo al momento della determinazione del *quantum* della sanzione tra il minimo e il massimo edittale; B.G. Mattarella, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 3, 679 ss.

⁶⁹¹ E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in Aa. Vv., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, Giuffrè, 1979, 138 sostiene che «[...] neppure in ordine alla misura della pena pecuniaria da irrogare può ammettersi discrezionalità. A parte le ipotesi di pena pecuniaria fissa ovvero proporzionale ma con percentuale unica e perciò del pari fissa, dove la cosa è fissa, pur quando la legge fissa la pena indicando un minimo e un massimo, la determinazione in concreto non si compie mediante apprezzamento discrezionale-amministrativo. So bene che anche a questo proposito si parla di discrezionalità, ma non si tratta di discrezionalità amministrativa quanto di quella discrezionalità che si può denominare discrezionalità del giudice. Il quale, allorché si trova di fronte a norme che lo rinviano a valutazioni non giuridiche ma empiriche [...] deve procedere con riguardo non alla convenienza per un interesse pubblico di cui egli sia portatore (...); B. G. Mattarella, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, cit., 708; in giurisprudenza Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489; Id., 14 novembre 1992, n. 12240; Id., 15 dicembre 1992, n. 13246. Più di recente la dottrina amministrativa tende a ricondurre la discrezionalità giudiziale ad una comune ipotesi di discrezionalità amministrativa; in tal senso S.L. Vitale, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 277 ss.; W. Troise Mangoni, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, cit. secondo cui non è fondata «nella sua assolutezza, l'affermazione secondo cui, nell'applicazione delle sanzioni, le autorità di vigilanza sui settori creditizio e mobiliare non facciano mai uso di discrezionalità amministrativa»; F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 1, 79 ss.; A. Police, A. Daidone, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 684 ss., spec. 687 che affermano che «nel momento sanzionatorio non di rado emergono profili di discrezionalità amministrativa e dunque situazioni giuridiche qualificabili come interessi legittimi». Già G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, Utet, 1924, 50 ss. sosteneva che alla sanzione amministrativa si

fuorviante, peraltro mai sostenuta in maniera così netta dalla dottrina⁶⁹², la tesi giurisprudenziale secondo cui il potere sanzionatorio della Banca d'Italia si risolve in un «mero procedimento di accertamento della corrispondenza tra fatto, norma e provvedimento» e pertanto si configura «quale esercizio di un potere vincolato, le cui modalità di esplicazione risultano predeterminate dalla legge»⁶⁹³.

Al tema dell'esercizio o meno della discrezionalità amministrativa, è connesso quello dei limiti del sindacato del giudice.

Nel nostro ordinamento l'art. 23 della l. 689/1981 prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice ordinario possa annullare in tutto in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'importo della sanzione. All'indomani dell'entrata in vigore di questa previsione, la dottrina ha in maniera pressoché unanime ritenuto che il legislatore avesse introdotto la possibilità di un sindacato pieno per verificare la fondatezza della pretesa⁶⁹⁴. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina, hanno infatti affermato che il sindacato sulla sanzione attiene non all'atto ma al rapporto, cioè alla fondatezza della pretesa sanzionatoria, così prospettando una sostanziale piena fungibilità dei poteri decisori del giudice rispetto a quelli dell'amministrazione⁶⁹⁵, una sorta di «giurisdizione piena»⁶⁹⁶ capace di dare attuazione al dettato costituzionale e di superare i vincoli derivanti dai limiti imposti

accompagnerebbe sempre un «diritto» e non un dovere per la pubblica amministrazione, con conseguente qualificazione in termini di discrezionalità del potere esercitato.

⁶⁹² Senza prendere posizione netta sulla natura dell'attività esercitata, si limitano a escludere la natura discrezionale E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, Giuffrè, 1979, 138 secondo cui «Senza dubbio, non vi può essere discrezionalità dell'am: se ricorrono i presupposti di legge, la sanzione deve essere applicata; non sta all'amministrazione di valutare se convenga piuttosto omettere l'applicazione della pena pecuniaria»; M.A. Sandulli, cit., p. 196 secondo cui «non equivale peraltro ad affermare il riconoscimento all'Amministrazione di un potere discrezionale in ordine all'esercizio della funzione sanzionatoria»; E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., 137 secondo cui «non v'è dubbio che la sanzione non è conseguenza di una valutazione discrezionale dell'autorità procedente e certamente incide su diritti soggettivi».

⁶⁹³ Cfr. Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94; *ex multis* si vedano Cass., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; Id., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; Id., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929.

⁶⁹⁴ C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 403.

⁶⁹⁵ Cass., sez. un., 16 aprile 2009, nn. 8990, 8989, 8886, 8885, 8884, 8883; Id., sez. I, 22 maggio 1990, n. 4612; in dottrina M.A. Sandulli, *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, Treccani, 1992, 2 ss., spec. 18; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 266 ss.

⁶⁹⁶ F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 259 ss. secondo cui «la determinazione amministrativa mediante la quale viene irrogata la sanzione sia il frutto di due operazioni [...] da un lato, vengono accertati i fatti giustificativi del futuro esercizio dell'attività sanzionatoria vera e propria; dall'altro l'autorità procede all'emanazione dell'ordinanza ingiunzione, sulla base delle risultanze cui è pervenuta nel corso della fase [...] in relazione al primo profilo, non vi è ragione di dubitare sull'insussistenza di una riserva in capo all'amministrazione del potere di accertamento dei fatti ritenuti idonei a legittimare l'intervento sanzionatorio [...] completamente diversa, invece, è la prospettiva desumibile dall'estensione di poteri di cognizione e decisione, altrettanto pieni, all'autorità giudiziaria ordinaria nei confronti della successiva fase di attività amministrativa, concernente l'an [...] ovvero il *quantum* della medesima»; F.P. Luiso, *Commento dell'art. 23 l. n. 689/1981*, in *Legisl. pen.*, 1982, I, 209 ss.; V. Scalese, *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1994, 166 ss.

dall'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) alla cognizione del giudice ordinario.

La Corte di Cassazione, nell'applicazione in concreto dell'art. 23, ha però mostrato una certa resistenza ad attuare una reale giurisdizione sul rapporto, utilizzando l'argomento della complessità tecnica delle decisioni amministrative per limitare la sindacabilità delle stesse, ovvero affermando che «le garanzie della fase procedimentale si pongono in rapporto di netta esclusione rispetto alla pienezza del riesame in sede giurisdizionale»⁶⁹⁷.

L'attribuzione nel 2010 della giurisdizione sulle sanzioni al giudice amministrativo con cognizione estesa al merito era stata anche per questo motivo accolta con favore, attribuendo al giudice «poteri di sindacato nel merito, che consentono lo scrutinio di congruità ed adeguatezza della sanzione all'illecito contestato», e permettendogli di rideterminare la sanzione stessa⁶⁹⁸.

Anche con riguardo alle sanzioni della Banca d'Italia la giurisdizione così intesa avrebbe infatti potuto rispondere a quelle esigenze di *full jurisdiction*, necessarie per compensare *ex post* i deficit partecipativi della fase procedimentale davanti all'autorità indipendente e avrebbe potuto assicurare di far valere ogni vizio procedurale nella fase del controllo giudiziale avanti alla Corte d'Appello «consentendo la massima espansione del diritto di difesa dell'incolpato e la possibilità di audizione dello stesso»⁶⁹⁹.

Malgrado tali affermazioni di principio, i termini della vicenda sono ormai noti e un'analisi più approfondita della giurisprudenza ordinaria sull'opposizione alle sanzioni della Banca d'Italia corrobora l'impressione di un appiattimento del sindacato giurisdizionale sulle conclusioni raggiunte dall'autorità del credito, in uno scenario in cui non sono infrequenti le pronunce nelle quali si confessa talvolta candidamente «di non possedere gli strumenti per capirci qualcosa»⁷⁰⁰.

La scelta per la giurisdizione del giudice ordinario con giudizio camerale in unico grado davanti alla Corte di Appello di Roma, evidenziava già nel 1994 l'atipicità del modello del procedimento di opposizione rispetto agli altri⁷⁰¹, modello che a lungo è stato giustificato per la posizione di superiorità dell'autorità, per le funzioni tecniche di alto livello svolte e per la ritenuta difficoltà di esperire una diversa ricostruzione dei fatti⁷⁰², ma che, ancora oggi, nonostante le modifiche introdotte, rischia di

⁶⁹⁷ Cfr. Cass., sez. II, 29 aprile 2010, n. 10363.

⁶⁹⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785; Id., 7 settembre 2012, n. 4753.

⁶⁹⁹ Cfr. Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820.

⁷⁰⁰ Cfr. F. Merusi, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.

⁷⁰¹ *Ex multis* C. Cavallini, *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 3, 266 ss.

⁷⁰² Corte cost. 4 marzo 1999, n. 49 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145, comma 6, t.u.b. affermando che «La particolarità della materia, direttamente inerente alla vigilanza sul corretto esercizio dell'attività da parte degli enti autorizzati allo svolgimento dell'attività bancaria, e la specialità dei controlli e delle procedure previsti in tale settore, giustificano, in continuità

deformalizzare fortemente il giudizio impugnatorio⁷⁰³ e di rendere di fatto «impossibile» la difesa del sanzionato⁷⁰⁴.

Il processo di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia è stato riformato da ultimo dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e nella versione attualmente vigente gli artt. 145 t.u.b.⁷⁰⁵ e 195 t.u.f.⁷⁰⁶ prevedono che all'udienza, la Corte di appello possa disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritenga necessari, nonché l'audizione personale delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Nonostante la previsione legislativa, il rito è di fatto pensato per non dare ingresso allo svolgimento di alcuna attività istruttoria, e, malgrado la complessità tecnica dei fatti da accertare, sono rari i casi in cui il giudice ordinario dispone la consulenza tecnica d'ufficio, in virtù di una sorta di una presunzione di conformità al vero dei fatti come accertati nel provvedimento e sulla base dell'idea che l'accertamento deve rimanere affidato alla valutazione di prove precostituite prima del processo e formate unilateralmente dall'autorità amministrativa⁷⁰⁷.

È certo, invece, che secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo *full jurisdiction* significa riesame pieno delle scelte amministrative nel contesto di un processo in cui il giudice verifica se, in rapporto alle circostanze del caso concreto,

con la precedente disciplina (art. 90 del regio decreto-legge n. 375 del 1936), la scelta del legislatore di mantenere con carattere di specialità anche la procedura sanzionatoria amministrativa, in caso di infrazioni, e di assicurare la tutela giurisdizionale secondo il rito camerale, con i conseguenti limiti quanto alla impugnabilità della decisione assunta con decreto»; Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 145, nella parte in cui prevede la forma del rito camerale che «è idoneo ad assicurare tutela ai diritti soggettivi, specie quando, come nel caso dell'attività bancaria, la controversia sia caratterizzata da contenuti tecnici e da fonti di conoscenza prevalentemente documentali»; nello stesso senso più di recente Cass., sez. II, 8 ottobre 2018, n. 24692.

⁷⁰³ In dottrina si esprime in senso critico sulla scelta di individuare come giudice di primo grado la Corte d'appello E.R. Desana, *Sanzioni Consob, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca impresa società*, 2019, 2, 367 ss.

⁷⁰⁴ Si esprime in tal senso R. Costi, *La difesa del sanzionato: «una missione impossibile»*, cit.

⁷⁰⁵ Per un commento della norma si veda E. Guarnieri, *Art. 145*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di R. Costi, F. Vella, Milano Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2019.

⁷⁰⁶ Sul riparto di competenze sanzionatorie nel settore del mercato mobiliare tra Banca d'Italia e Consob si veda M. Clarich, E.L. Camilli, *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in *Banca impresa società*, 2009, 1, 27 ss.

⁷⁰⁷ In tal senso E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, cit., 151 secondo cui «il giudizio presenta ancora molte caratteristiche del rito sommario. In particolare l'istruzione probatoria è ancora regolata come un potere del giudice e non invece come un diritto delle parti»; Cass., sez. II, 12 dicembre 2018, n. 32135 secondo cui «la valutazione delle risultanze probatorie (non meno che il giudizio sul contenuto di atti e documenti), al pari della scelta, fra esse, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati in via esclusiva al giudice di merito il quale, nel porre a fondamento del proprio convincimento e della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, nel privilegiare una ricostruzione circostanziale a scapito di altre (pur astrattamente possibili e ipoteticamente verosimili), non incontra altro limite (ampiamente rispettato, nel caso di specie) che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere peraltro tenuto ad affrontare e discutere ogni singola risulanza processuale ovvero a confutare ogni e qualsiasi deduzione difensiva».

l'autorità amministrativa ha fatto «un uso appropriato dei suoi poteri, esaminando il fondamento e la proporzionalità delle scelte»⁷⁰⁸.

Con la sentenza la Corte d'Appello può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento, o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo discrezionalmente l'ammontare o la durata della sanzione, «senza esser tenuta nemmeno a specificare in sentenza i criteri adottati nel procedere a detta determinazione»⁷⁰⁹. È tuttavia quasi impossibile trovare un decreto di accoglimento con cui il giudice sostituisce la sua valutazione a quella dell'autorità⁷¹⁰, che compie «scelte di merito che, rientrando nella discrezionalità che va riconosciuto a detto organo, non possono essere mai configurate quali irregolarità»⁷¹¹, e altrettanto raro che il giudice riduca la sanzione⁷¹².

Anche quando il sanzionato decide di impugnare la sentenza della Corte d'Appello in Cassazione, gli esiti non cambiano⁷¹³. Il giudice di ultimo grado cui compete il solo controllo, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, delle valutazioni compiute dal giudice di merito, mantiene un atteggiamento di totale deferenza, disattendendo pressoché sempre i motivi di impugnazione e peraltro condannando nella maggior parte dei casi il ricorrente alle spese di lite⁷¹⁴. O perché

⁷⁰⁸ Cfr. Cedu, 27 settembre 2011, C- 43509/08, *Menarini c. Italia*.

⁷⁰⁹ Cfr. Cass., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9546; Id., 7 aprile 2017, n. 9126; Cass., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406.

⁷¹⁰ App. Roma, sez. I, 30 luglio 2018, n. 5267; Id., 12 aprile 2018, n. 2375; Id., 10 marzo 2018, n. 1585; Id., 6 marzo 2018, n. 313; Id., 2 dicembre 2017, n. 7620; Id., 5 settembre 2017, n. 5595; Id., 26 luglio 2017, n. 5135; Id., 14 ottobre 2016, n. 8514; Id., 27 settembre 2016; Id., 14 settembre 2016, n. 7353; Id., 13 settembre 2016, n. 7339; Id., 7 settembre 2016, n. 7211; Id., 6 settembre 2016, n. 7184; Id., 5 settembre 2016, n. 5208; Id., 13 luglio 2016, n. 6574; Id., 8 luglio 2016, n. 6440; Id., 30 giugno 2016, n. 6182; Id., 24 giugno 2016; Id., 23 giugno 2016, n. 5934; Id., 23 giugno 2016, n. 7342; Id., 9 giugno 2016, n. 5509; Id., 27 maggio 2016, n. 5073; Id., 13 maggio 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4627; Id., 30 marzo 2016, n. 4219; Id., 14 marzo 2016, n. 3772; Id., 23 febbraio 2016, n. 1884; Id., 22 febbraio 2016, n. 1867; Id., 29 gennaio 2016, n. 606; Id., 16 ottobre 2015, n. 7990; Id., 7 maggio 2015, n. 3952; Id., 29 gennaio 2015; Id., 2 gennaio 2015, n. 3; Id., 13 dicembre 2013, n. 8146; Id., 19 luglio 2013; Id., 9 aprile 2013; Id., 18 marzo 2013; Id., 15 marzo 2013; Id., 23 novembre 2012; Id., 22 ottobre 2012; Id., 20 aprile 2012; Id., 21 marzo 2012; Id., 19 marzo 2012; Id., 30 novembre 2011; Id., 25 novembre 2011; Id., 20 novembre 2009, n. 704; Id., 5 gennaio 2009.

⁷¹¹ Cfr. App. Roma, sez. I, 2 dicembre 2017, n. 7620.

⁷¹² App. Roma, sez. I, 11 ottobre 2017, n. 6433; Id., 28 luglio 2017, n. 5176; Id., 1 aprile 2015, n. 3952; Id., 15 giugno 2012; Id., 21 marzo 2012.

⁷¹³ L'analisi delle sentenze della Cassazione degli ultimi anni evidenzia come in rari casi il giudice di legittimità abbia accolto il ricorso, peraltro sempre parzialmente, e rinviato la decisione alla Corte d'Appello, si vedano Cass., sez. II, 27 settembre 2018, n. 23370; Id., 29 agosto 2018, n. 21347; Id., 18 aprile 2018, n. 9546; Id., 24 marzo 2016, n. 5868. Le altre sentenze che non rigettano il ricorso sono sentenze che hanno dichiarato estinto il giudizio per rinuncia agli atti da parte del ricorrente sanzionato (o dell'erede del ricorrente sanzionato), si vedano Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 7193; Id., 22 marzo 2018, n. 7192; Id., 11 luglio 2016, n. 14138; Id., 19 agosto 2015, n. 16912; Id., 2 aprile 2015, n. 6778 o per motivi di rito Cass., sez. II, 16 dicembre 2019, n. 33151.

⁷¹⁴ Cass., sez. II, 3 giugno 2020, n. 10462; Id., 27 maggio 2020, n. 9961; Id., 21 maggio 2020, n. 9385; Id., 21 maggio 2020, n. 9371; Id., 9 marzo 2020, n. 6625; Id., 28 febbraio 2020, n. 5526; Id., 21 febbraio 2020, n. 4599; Id., 17 febbraio 2020, n. 3845; Id., 30 gennaio 2020, n. 2201; Id., 30 gennaio 2020, n. 2195; Id., 21 ottobre 2019, n. 26972; Id., 4 ottobre 2019, n. 24851; Id., 4 ottobre 2019, n. 24850; Id., 19 agosto 2019, n. 21176; Id., 12 aprile 2019, n. 10348; Id., 5 aprile 2019, n. 9705; Id., 28

conferma la decisione impugnata «sorretta, sul punto, da un apparato argomentativo sufficiente e immune da vizi logici» o perché si sente sollecitato a esercitare «poteri di cognizione che non gli competono, rientrando l'accertamento dei fatti e la valutazione delle risultanze probatorie nei compiti istituzionali del giudice di merito»⁷¹⁵.

8. Alcuni interrogativi finali

L'analisi condotta pare confortare il dato dal quale si è partiti, ovvero l'assenza di criteri univoci e la disomogeneità di posizioni nell'accesso del giudice al fatto.

Se, dunque, in linea generale può dirsi che l'accesso del giudice al fatto non pare essere più in dubbio, nelle concrete modalità di accesso e, dunque, nella valutazione del fatto permangono rilevanti criticità e certamente non è identificabile un unico modello di sindacato.

Delle criticità nell'accesso al fatto relative all'istruttoria, dell'atteggiamento del giudice e delle parti rispetto ad un fatto che può addirittura formarsi nel processo, del necessario ripensamento del principio di separazione dei poteri a fronte del mutato rapporto tra amministrazione, potere, e giudice e con esso del mutato parametro di giudizio, ora rappresentato dalla ragionevolezza in concreto, già si è detto.

Con riguardo alla disomogeneità, che da ultimo interessa, l'esame della giurisprudenza sulle sanzioni della Banca d'Italia, conferma che la soluzione alla disomogeneità non vada ricercata nell'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, che pare ancora oggi legato ad un modello di sindacato teoricamente intrinseco, ma in realtà sostanzialmente estrinseco e formale e che continua ad essere ispirato, al pari del giudice amministrativo, da una forte deferenza nei confronti delle valutazioni tecniche operate dall'autorità.

La disomogeneità nell'accesso del giudice al fatto rappresenta, così, l'occasione per alcune considerazioni di carattere più generale. Alla luce di quanto rappresentato,

marzo 2019, n. 8682; Id. 27 marzo 2019, n. 8572; Id., 22 marzo 2019, n. 8237; Id., 14 marzo 2019, n. 7327; Id., 5 marzo 2019, n. 6361; Id., 4 marzo 2019, n. 6239; Id., 28 febbraio 2019, n. 6006; Id., 19 febbraio 2019, n. 4820; Id., 12 dicembre 2018, n. 32135; Id., 23 ottobre 2018, n. 26754; Id., 8 ottobre 2018, n. 24692; Id., 28 settembre 2018, n. 23552; Id., 3 settembre 2018, n. 21553; Id., 25 giugno 2018, n. 16720; Id., 18 giugno 2018, n. 15998; Id., 18 aprile 2018, n. 9517; Id., 28 marzo 2018, n. 7658; Id., 7 marzo 2018, n. 5356; Id., 22 gennaio 2018, n. 1529; Id., 14 novembre 2017, n. 26892; Id., 25 luglio 2017, n. 18277; Id., 25 luglio 2017, n. 18276; Id., 24 febbraio 2017, n. 4847; Id., 31 gennaio 2017, n. 2523; Id., 20 gennaio 2017, n. 1591; Id., 11 gennaio 2017, n. 463; Id., 2 dicembre 2016, n. 24728; Id., 28 settembre 2016, n. 19219; Id., 7 settembre 2016, n. 17689; Id., 7 settembre 2016, n. 17688; Id., 7 settembre 2016, n. 17687; Id., 5 agosto 2016, n. 16587; Id., 5 agosto 2016, n. 16586; Id., 4 agosto 2016, n. 16313; Id., sez. I, 3 maggio 2016, n. 8730; Id., sez. II, 4 aprile 2016, n. 6469; Id., 10 marzo 2016, n. 4725; Id., 24 febbraio 2016, n. 3656; Id., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2406; Id., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; Id., 5 giugno 2015, n. 11674; Id., sez. I, 9 novembre 2015, n. 22848; Id., 25 maggio 2015, n. 10745; Id., 13 aprile 2015, n. 7411; Id., 10 febbraio 2015, n. 2537; Id., sez. II, 10 giugno 2014, n. 13051; Id., 10 giugno 2014, n. 13050.

⁷¹⁵ Cfr. Cass., n. 3656/2016, cit.; Id., n. 1529/2018, cit.; Id., n. 9705/2019, cit.

si pongono, infatti, alcuni interrogativi di fondo, che meriterebbero ben più ampie riflessioni, ma si perdonerà all'autore se si limiterà a prospettarle in chiave problematica, a mo' di interrogativi finali.

In primo luogo, a fronte del dato che emerge dall'analisi giurisprudenziale, occorrerebbe interrogarsi sull'accettabilità di un sindacato differenziato nell'accesso al fatto.

Il discorso si è qui limitato a quello che emerge da un'analisi della giurisprudenza per materia, ma il problema della disomogeneità e della differenziazione del sindacato ha margini potenzialmente ben più ampi, che riguardano l'atto in sé e come è fatto l'atto.

In questo Capitolo si è ragionato su provvedimenti della stazione appaltante, del prefetto, del MIUR, dell'AGCM, della Banca d'Italia, sull'assunto che la conoscenza del fatto sia veicolata dall'atto, non perché oggetto del giudizio sia l'atto, ma perché si presume che il fatto sia nell'atto e, anche quando si forma nel processo, si parta dall'atto (e quando manca il fatto nell'atto, il vizio sia tale da determinare l'irragionevolezza dell'atto). Nel quarto Capitolo (§ 4) si è evidenziato come si sia data finora scarsa importanza alle concrete modalità con cui si perviene alla decisione di natura tecnica e all'eventuale coinvolgimento di organi consultivi, con l'effetto che il profilo della qualità della decisione e del com'è fatta la decisione apre la strada a una differenziazione nel sindacato potenzialmente ancora più ampia di quella che deriva da una differenziazione per settori. Se, infatti, si continuasse ad accettare un sindacato differenziato e si ragionasse su parametri di giudizio ricollegati a com'è fatto l'atto, il sindacato sarebbe più o meno ampio, a seconda della completezza o meno dell'atto rispetto al fatto e, sotto tale profilo, pare sintomatico quanto già rilevato nel quarto Capitolo sulle criticità dell'accesso al fatto quando la decisione sia preceduta dal parere di un organo consultivo tecnico. Tra la falsa rappresentazione e la mancata rappresentazione dei fatti si inserirebbero, infatti, tutte quelle ipotesi di incompleta rappresentazione dei fatti nell'atto e il giudice amministrativo si troverebbe a fare i conti con una conoscenza di un fatto dai dubbi confini e in cui una parte sarebbe potenzialmente in grado di sottrarre parte rilevante della materia del contendere al giudice, con buona pace del principio della parità delle parti e del processo giusto.

Le implicazioni di un siffatto ragionamento dimostrano la centralità dell'interrogativo.

L'accesso al fatto dovrebbe essere uguale in tutti i sindacati e, una volta ammesso che il fatto è conoscibile, ipotizzare sindacati differenziati, oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni del giudice, non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, che ha rappresentato il filo conduttore dell'intera analisi condotta sul fatto nel processo amministrativo, né pare corrispondere a quel modello di un unico processo «giusto», secondo i canoni imposti dall'art. 111 Cost. e dalle norme europee. Quell'unico modello di processo e quei principi dovrebbero,

infatti, valere indistintamente, per tutte le forme di giurisdizione e a prescindere dal settore preso in considerazione, dalla discrezionalità tecnica o amministrativa, dalla natura o meno indipendente dell'autorità amministrativa.

Sotto tale profilo, il sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, nella sua specificità, è certamente, più di altri, sintomatico della disomogeneità nell'accesso del giudice (amministrativo o ordinario) al fatto. Il dato è quello evidenziato e ben può dirsi che si è venuto a creare una sorta di "statuto" in materia, con differenze evidenti nel sindacato sui provvedimenti delle amministrazioni tradizionali e di quelle indipendenti.

A ben vedere, però, quello statuto e quella distinzione continuano a non trovare un valido fondamento costituzionale⁷¹⁶, con l'effetto che, dal punto di vista teorico, il differente atteggiamento del giudice non è giustificabile; dal punto di vista pratico rivela ancor di più l'inadeguatezza nella conoscenza del fatto. Nel passaggio da una valutazione della ragionevolezza tecnica in astratto a una valutazione della ragionevolezza in concreto, infatti, l'autorità indipendente, che può utilizzare in processo tutte le prove già acquisite nel procedimento che essa stessa ha condotto, oltre che risultare sostanzialmente avvantaggiata nell'opera di convincimento del giudice⁷¹⁷, è dotata di un grado di conoscenza tecnica che è difficilmente colmabile in processo. È quest'ultimo un altro degli aspetti a cui non viene generalmente prestata particolare attenzione, ma che invece meriterebbe di essere attentamente valutato, anche alla luce del sostanziale inutilizzo da parte del giudice dei mezzi istruttori⁷¹⁸.

Il tema dell'accesso al fatto nelle sanzioni amministrative in rapporto al sindacato sul fatto nelle altre materie è l'occasione per porsi un altro interrogativo, più generale, ma strettamente legato al primo. L'art. 134 c.p.a., come noto, prevede, infatti, che nelle controversie sulle sanzioni pecuniarie il giudice amministrativo eserciti la giurisdizione con cognizione estesa al merito. Se il giudice accede al fatto e il modello

⁷¹⁶ Già C. Franchini, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, cit., 69 ss., spec. 80, nel delineare i caratteri delle autorità indipendenti, evidenziava la necessità di un loro riconoscimento a livello costituzionale: «in un sistema che si caratterizza sempre più per la frammentazione e la diffusione dei poteri a livello sia economico-sociale, sia politico-istituzionale (...) diventa essenziale la presenza di un corpo di autorità che non sia riconducibile in via esclusiva a nessuno dei poteri tradizionali dello Stato (...) poiché, però, ciò può realizzarsi solamente attraverso il riconoscimento di adeguate soluzioni organizzative, è necessario che il legislatore affronti il problema in termini generali, delineando una sorta di "statuto" in materia e, allo stesso tempo, assicurando a tali autorità (...) una specifica posizione a livello costituzionale».

⁷¹⁷ Evidenzia tale aspetto P. Lazzara, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 179 ss.

⁷¹⁸ Un cenno merita Tar Lazio, sez. III, 26 novembre 2019, n. 13568, ove si sottolinea che «l'evoluzione della giurisprudenza, in materia di sindacato sugli atti discrezionali, non può non incontrare una delimitazione almeno in parte diversa, tenuto conto della specifica competenza, della posizione di indipendenza e dei poteri esclusivi, spettanti alle medesime Autorità».

a cui deve tendersi è un modello unico di processo, occorre interrogarsi sullo spazio che rimane alla giurisdizione di merito⁷¹⁹.

Autorevole dottrina ha di recente dubitato della ragion d'essere della giurisdizione di merito (eccezion fatta per il giudizio di ottemperanza)⁷²⁰. Non vi sarebbero d'altronde ostacoli costituzionali se si decidesse di superare la distinzione tra giurisdizione di legittimità e di merito, che è una distinzione meramente formale, che trova il suo riferimento normativo non in una norma di rango costituzionale, bensì in un articolo del codice del processo amministrativo. Anche mantenendo la tripartizione prevista nell'art. 7 c.p.a., pare inevitabile che con l'accesso del giudice al fatto, per come concretamente si svolge, si vada sempre più restringendo lo spazio astrattamente lasciato al merito amministrativo e proprio un sindacato sul fatto così differenziato pare mostrare l'inattualità della giurisdizione di merito, in rapporto alla giurisdizione "generale" di legittimità.

Nel primo Capitolo si è tracciata la "sfortunata" evoluzione della giurisdizione di merito e, anche se il profilo della verifica dell'opportunità e della convenienza ha da subito caratterizzato il sindacato del giudice con cognizione estesa al merito più della «centralità del giudizio di fatto»⁷²¹, non ne vanno dimenticate le origini, come giurisdizione nella quale il giudice, a differenza di quello di legittimità che conosceva i fatti solo indirettamente, per il tramite dell'amministrazione, aveva la «possibilità di formarsi una completa convinzione e di ricostruire una propria integrale versione delle circostanze»⁷²².

La cognizione diretta del fatto, oltretutto del diritto, caratterizza oramai tutta la giurisdizione amministrativa (sia essa di legittimità, esclusiva o di merito). Se, dunque, ad un sindacato «nel merito», così inteso, paiono uniformarsi progressivamente gli istituti della giustizia amministrativa, per i sostenitori dell'idea che il giudice di merito sia solo un giudice del fatto (oltretutto del diritto) e non dell'opportunità amministrativa non vi sarebbero ragioni per ritenere che la giurisdizione con cognizione estesa al merito sia cosa diversa dalla giurisdizione di legittimità.

Certamente, la ragion d'essere della giurisdizione di merito andrà ricercata altrove⁷²³, perché sotto il profilo della cognizione del fatto, nessuna delle controversie

⁷¹⁹ Per tutti sulle vicende del merito e della giurisdizione di merito A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.

⁷²⁰ F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1 ss.; Id., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1110.

⁷²¹ Così G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, cit., 31; negli stessi termini A. Police, *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a.*, cit.

⁷²² Così P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, cit.

⁷²³ Individuano nella cura dell'interesse pubblico l'attualità della giurisdizione di merito A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 1437 ss.; F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013, 204: «Tale rinnovata caratteristica attesterebbe la persistente attualità della giurisdizione di merito nell'ordinamento processuale italiano: una giurisdizione che conserva la sua utilità in quei limitati casi in cui il legislatore

di cui all'art. 134 c.p.a., ad eccezione tutt'al più del giudizio di ottemperanza, sembrerebbe giustificare una giurisdizione diversa da quella di legittimità⁷²⁴: le controversie elettorali, le controversie sulla regolazione dei confini degli enti territoriali, le controversie relative al diniego di rilascio di nulla osta cinematografico, tutte potrebbero essere risolte con i rinnovati strumenti istruttori e decisorii che ha a disposizione il giudice di legittimità.

D'altro canto, se se ne vuole riconoscere una qualche attualità, andranno ripensati i tradizionali confini del «precario» rapporto tra legittimità e merito e ancor più di un tempo, il concetto di merito non potrà essere utilmente contrapposto a quello di legittimità «in una relazione a terzo escluso»⁷²⁵, in cui il merito è tutto quello che non è legittimità, ma ne dovranno essere ridefiniti i confini in positivo, alla luce dei mutamenti nel frattempo intervenuti, per individuare esattamente lo spazio rimasto al merito riservato della pubblica amministrazione e rispettivamente i poteri del giudice con cognizione estesa al merito, fuori dai poteri oramai propri anche del giudice di legittimità.

esigerebbe una simultaneità fra la tutela delle situazioni soggettive dei singoli e le «ragioni» del pubblico interesse».

⁷²⁴ In tal senso anche F. D'Angelo, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, a cura di A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, Jovene, 2018, 139 ss., spec. 151 secondo cui nessuna delle materie indicate nell'art. 134 c.p.a. presuppone un sindacato esteso al merito amministrativo.

⁷²⁵ L'espressione è di A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, cit.

BIBLIOGRAFIA

Abbamonte G., *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1975, 295 ss.;

Abbamonte G., *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, CXXXVI, 679 ss.;

Abbamonte G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 1 ss.;

Abbamonte G., *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, Mucchi, 1996, 37 ss.;

Abbamonte G., Laschena R., *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XX, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1997, 167 ss.;

Abbamonte G., *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2002;
Alibrandi T., *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 1, 229 ss.;

Alibrandi T., *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 58 ss.;

Amodio F.S., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia di valutazioni scolastiche, universitarie e concorsuali*, in Aa. Vv., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Jovene, 2021, 169 ss.;

Amore A., *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 797 ss.;

Amore A., *Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 251 ss.;

Amorth A., *La funzione consultiva e i suoi organi*, in Id., *Scritti giuridici*, 1958-1986, IV, Milano, Giuffrè, 1999, 1175 ss.;

Angiuli A., *Commento all'art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, Torino, Giappichelli, 2005, 390 ss.;

Antoniucci M.G., *L'istruzione probatoria nelle controversie in materia di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 4, 824 ss.;

Apicella E.A., *Giurisdizione esclusiva su concessioni di beni pubblici e risarcimento del danno tra orientamenti giurisprudenziali ed innovazioni del d.lg. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2641 ss.;

Arnaudo L., Pardolesi R., *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533 ss.;

Azzariti G., *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 5, 1698 ss.;

- Baccarini S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.;
- Bachelet V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, 2 ss.;
- Bachelet V., *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967;
- Baldassare A., *Le sanzioni della Banca d'Italia*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011, 578;
- Banfi A., *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 605 ss.;
- Barbareschi S., Caruso L.A., *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598. Con postilla a commento di B. Caravita*, in *federalismi.it*, 2020, 30;
- Barbati C., *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Barman B., *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 3, 306 ss.;
- Barone A., *Nomofiliachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss.;
- Barone A., *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo*, in *Dir. e processo amm.*, 2015;
- Barone A., *Un caso estremo di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione europea*, in *Il Processo*, 2018;
- Bassi F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, 17 ss.;
- Battini S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.;
- Belviso L., Lavatelli M., *L'Università davanti al giudice amministrativo, dieci anni dopo la riforma Gelmini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 394 ss.;
- Benvenuti F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., ora anche in Id., *Scritti giuridici. Articoli e altri scritti (1948/1959)*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 991 ss.;
- Benvenuti F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953;
- Benvenuti F., *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 325 ss.;
- Benvenuti F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti, G. Miglio, Vicenza, Neri Pozza editore, 1969, 65 ss.;
- Benvenuti F., *Giustizia*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 589 ss.;
- Benvenuti F., *Istruzione del processo. Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 204 ss.;

- Benvenuti F., *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 893 ss.;
- Benvenuti F., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 454 ss.;
- Bergonzini G., *Art. 21-octies della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 231 ss.;
- Bertonazzi L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005;
- Betti E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936;
- Bin R., *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020, 32;
- Bindi E., *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 3007 ss.;
- Bindi E., Pisaneschi A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2018;
- Bombardelli M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 657 ss.;
- Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa. Contributo allo studio del procedimento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1984;
- Branca M., *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 23 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1521 ss.;
- Cacciavillani C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005;
- Cacciavillani C., *La soluzione delle questioni di giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 446 ss.;
- Caianiello V., *L'ambito del sindacato della Cassazione sulla giurisdizione amministrativa*, in Id., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, Cedam, 1986, 647 ss.;
- Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 1994;
- Calabrò C., *L'ottemperanza come prosecuzione del «giudizio amministrativo»*, in Aa. Vv., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983;
- Caldarelli S., *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149 ss.;
- Calegari A., *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 224 ss.;
- Camilli M., *Considerazioni e «sintomi» dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.,

Cammeo F., *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabile secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.;

Cammeo F., *I titoli del debito pubblico e la competenza sulle relative controversie*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 1, 99 ss.;

Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa. Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, Vallardi, 1911, I, 347 ss.;

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911-1914, Ristampa con note di aggiornamento, a cura di G. Miele, Padova, Cedam, 1960;

Cannada Bartoli E., *Processo amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1957, 1077 ss.;

Cannada Bartoli E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964;

Cannada Bartoli E., *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970;

Cannada Bartoli E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 508 ss.;

Capaccioli E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, Giuffrè, 1979, 138;

Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983, 289;

Caponigro R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. – CDS*, 2011, 5, 1707 ss.;

Caporale F., *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 4, 499 ss.;

Caporale F., *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 429 ss.;

Capozzi S., *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile. Atti del convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000*, a cura di B. Capponi, V. Verde, Napoli, 2002, 99 ss.;

Cappai M., *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *Federalismi.it*, 2019, 21;

Caputo O.M., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 2982;

Caranta R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006, 245 ss.;

Carbone A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 423 ss.;

Cardi E., Cognetti S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, 341 ss.;

Carloni E., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 573 ss.;

Carloni E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014;

Carpentieri P., *Semplificazione e tutela*, in *Aedon*, 2016, 3;

Cartei G., *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss.;

Casetta E., *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 521 ss.;

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 464 ss.;

Casini L., *"Giochi senza frontiere?": Giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 914 ss.;

Cassatella A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013;

Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, 311 ss.;

Cassese S., *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1996, 217 ss.;

Cassese S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss.;

Cassese S., *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 1, 5 ss.;

Cassese S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009;

Cassese S., *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 341 ss.;

Cavallini C., *Il procedimento di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 3, 266 ss.;

Cavallo Perin R., *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss.;

Cavallo Perin R., *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 657 ss.;

Cavallo Perin R., *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 551 ss.;

Cavallo Perin R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 637 ss.;

Cavallone B., *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.;

Cavina A., *Formula per l'assegnazione del punteggio economico: tra discrezionalità della stazione appaltante e sindacato del G.A.*, in *Urb. e app.*, 2020, 5, 688 ss.;

Cerbo P., *Le valutazioni riservate dell'amministrazione sull'affidabilità del concorrente negli appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2020, 3, 739 ss.;

Cerulli Irelli V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italica, 1979;

Cerulli Irelli V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.;

Cerulli Irelli V., Luciani F., *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.;

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002;

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019;

Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 1019 ss.;

Chieppa R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice. Le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al Codice (D. lgs. 15 novembre 2011, n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2012;

Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928;

Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1953, I;

Chiti M.P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 2006, 35;

Chiti M.P., *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 719 ss.;

Cintioli F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Milano, Giuffrè, 2001, 913 ss.;

Cintioli F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.;

Cintioli F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005;

Cintioli F., *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.;

Cintioli F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012, 12;

Cintioli F., *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 507 ss.;

Cintioli F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in *italiappalti.it*, 9 novembre 2016;

Cintioli F., *Giusto processo, sindacato antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1207 ss.;

Civitarese Matteucci S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006;

- Civitarese Matteucci S., *Art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, il Mulino, 2007, 593 ss.;
- Civitarese Matteucci S., *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1, 227 ss.;
- Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989;
- Clarich M., *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss.;
- Clarich M., *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 11, 3858 ss.;
- Clarich M., *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss.;
- Clarich M., *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1, 55 ss.;
- Clarich M., *Conflitto con la Cassazione*, in *il Sole 24 ore*, 27 ottobre 2007;
- Clarich M., Camilli E.L., *L’evoluzione del controllo dei rischi finanziari: le competenze della Banca d’Italia e della Consob*, in *Banca impresa società*, 2009, 1, 27 ss.;
- Clarich M., Pisaneschi A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, 1166 ss.;
- Clarich M., *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 865 ss.;
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 222;
- Clarich M., *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, 1, 100 ss.;
- Codacci Pisanelli A., *L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, Tipografia dello stabilimento S. Lapi, 1900, 249 ss.;
- Cognetti S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011;
- Cognetti S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 ss.;
- Commandatore C., *Interdittiva antimafia e incapacità giuridico speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 ss.;
- Comoglio L.P., *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010;
- Contessa C., *Il nuovo “Codice dei contratti” e la polimorfa nozione di “gravi illeciti professionali”*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 662 ss.;
- Contessa C., *Sui rapporti fra l’informativa interdittiva c.d. “successiva” e la revoca di contributi pubblici*, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 375 ss.;
- Conti R., *L’esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consultaonline.it*, 2017, II;

Contieri A., *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, a cura di A. Romano, E. Casetta, F.G. Scoca, Padova, Cedam, 2007, II;

Corletto D., *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 33 ss.;

Corpaci A., *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Aa. Vv., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, 77 ss.;

Correale A., *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 676 ss.;

Corso A., *Istruttoria nel processo amministrativo*, in XVII, *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 2003, 1 ss.;

Corso A., *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942;

Cortese F., *La solitudine della Costituzione*, in *Pòlemos*, 2010, 157 ss.;

Cortese F., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 329 ss.;

Cortese F., *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3;

Cortese F., *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 40 ss.;

Corti M., *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 524 ss.;

Costantino G., Carratta A., Ruffini A., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *questionegiustizia.it*;

Costi R., *La difesa del sanzionato: «una missione impossibile»*, in *Banca impresa società*, 2019, 1, 3 ss.;

Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008;

Cudia C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. Torricelli, Torino, Giappichelli, 2018, 63 ss.;

F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Utet, 1934, II, 426 ss.;

D'Amelio M., Romano S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss.;

D'Angelo F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013;

D'Angelo F., *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, a cura di A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, Jovene, 2018, 139 ss.;

D'Angelo F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, Giappichelli, 2013;

D'Angelo G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss.;

D'Angelo G., *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, Giappichelli, 2020, 265 ss.;

D'Avack P.A. (a cura di), *La legislazione ecclesiastica, in L'istruzione e il culto*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, Vicenza, Neri Pozza, 1967;

D'Orsogna M., *Motivi di ricorso*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2015, 889 ss.;

Dal Canto F., *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *Giudice amministrativo e tutela praeter legem del cittadino, in Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma. Atti del Convegno. Lecce, 21-22 novembre 1997*, a cura di E. Sticchi Damiani, Milano, Giuffrè, 1998, 113 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 4, 906 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, 31 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *Commento dell'art. 26 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642. Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini, Torino, Utet, 2007, 255 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *Commento dell'art. 27 regio decreto 17 agosto 1907, n. 642. Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini, Torino, Utet, 2007, 259 ss.;

De Giorgi Cezzi G., *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 9 ss.;

De Leonardis F., *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 2016, 3, 715 ss.;

De Nictolis R., *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Processo amministrativo. Formulario commentato*, a cura di R. De Nictolis, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, 907 ss.;

De Nictolis R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal d. l. n. 32/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it;

De Nictolis R., *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in federalismi.it;

De Nictolis R., *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in www.giustizia-amministrativa.it;

De Nitto S., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Aa. Vv., *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Jovene, 2021, 209 ss.;

De Nitto S., *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 1, 181 ss.;

De Pretis D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1180 ss.;

De Pretis D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995;

De Pretis D., *Antitrust valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Diritto e formazione*, 2004, 997 ss.;

De Rosa G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 513 ss.;

De Valles A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Atheneum, 1917;

Degli Esposti A., *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo (a proposito di una recente sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 2, 272 ss.;

Della Cananea G., Franchini C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017;

Della Scala M.G., *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 523 ss.;

Delsignore M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.;

Delsignore M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss.;

Deodato F., *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it;

Deodato C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in federalismi.it, 2017;

Deodato C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Desana E.R., *Sanzioni Consob, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca impresa società*, 2019, 2, 367 ss.;

Di Modugno N., *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 13 ss.;

Di Giglio R., *Informativa antimafia successiva e restituzione dei contributi pubblici "nei limiti delle utilità conseguite"*, in *Foro amm.*, 2019, 7-8, 1267 ss.;

Domenichelli V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988;

Dugato M., *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 637 ss., ora anche in *Munus*, 2020, 1, XIII ss.;

Dugato M., *L'istruttoria*, in in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2013, 181 ss.;

Dugato M., *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa società*, 2018, 1, 3 ss.

Dugato M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss.;

Falcon G., *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, 271 ss.;

Falcon G., *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Giuffrè, 1997, 333 ss.;

Falcon G., *Lezioni di diritto amministrativo. L'attività*, Milano, Wolters Kluwer, 2016;

Ferrara L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, 561 ss.;

Ferrara L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 103 ss.;

Ferrara L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617 ss.;

Ferroni M.V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005;

Figorilli F., *L'istruttoria nel giudizio amministrativo (art. 44, R.D. 26.6.1924, n. 1054)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli, G. Vesperini, Torino, Utet, 2007, 594 ss.;

Figorilli F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002;

Filice M., *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 684 ss.;

Filice M., *La giurisprudenza in materia di antitrust e di tutela del consumatore*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 4, 525 ss.;

Fiorentino L., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 479 ss.;

Foà S., Calderaro M.R., *I “gravi illeciti professionali” dell’operatore economico come elenco semplificativo*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681 ss.;

Follieri E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, 453 ss.;

Follieri E., *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rass.*, 1981, 1445 ss.;

Follieri E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 18 ss.;

Fornaciari M., *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, Giuffrè, 2005;

Fracchia F., Occhiena M., *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell’interesse pubblico”*, in *Dir. ec.*, 2018, 3, 1125 ss.;

Fracchia F., Occhiena M., *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005;

Francario F., *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, 52 ss.

Franchini F., *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944-1945;

Franchini C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1996, 69 ss.;

Franchini C., *Il giudice amministrativo e la ricerca della verità*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*, a cura di G. Dalla Torre, C. Mirabelli, Roma, Libreria editrice vaticana, 2014, 272 ss.

Franco I., *Il processo in materia di pubblico impiego fra legislazione e giurisprudenza*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1610 ss.;

Galetta D.U., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 837-851;

Galetta D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998;

Galetta D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003;

Galetta D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 601 ss.;

Galetta D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 111 ss.;

Galetta D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.;

Galetta D.U., *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 1019 ss.;

Gallo C.E., *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.;

Gallo C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994;

Gallo C.E., *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 8 ss.;

Gallo C.E., *L'istruttoria processuale*, in *Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, V, 3333 ss.;

Gallo C.E., *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir e proc. amm.*, 2013, 2-3, 553 ss.;

Gallo C.E., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017;

Gallo C.E., *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 2, 347 ss.;

Garbagnati E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950, 69 ss.;

Gardini G., Magri M. (a cura di), *Il foia italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019;

Gardini G., *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "Foia Italia"*, in *federalismi.it*, 2018, 19;

Gasparri P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.;

Gatta G.L., *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitiva" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;

Ghetti G., *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974;

Giacchetti S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1483 ss.;

Giani L., *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 535 ss.;

Giani L., *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2020, 401 ss.;

Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939;

Giannini M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.;

Giannini M.S. *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1966;

- Giannini M.S., Piras A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229 ss.;
- Giannini M.S., *Motivazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 257 ss.;
- Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993;
- Gioia G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2005;
- Giovagnoli R., *La giurisdizione di merito e la giurisdizione esclusiva*, in Aa. Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 527 ss.;
- Giuffrè G.A., *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 2017;
- Giusti A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007;
- Giusti A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335 ss.;
- Goisis F., *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 1, 79 ss.;
- Goisis F., *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 2, 337 ss.;
- Goisis F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.;
- Goisis F., *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 45 ss.;
- Grasso G., *Art. 16 - Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, Nel diritto, 2010, 414 ss.;
- Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 175 ss.;
- Greco G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 479 ss.;
- Greco G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 585 ss.;
- Greco G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 5, 999 ss.;
- Greco G., *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 793 ss.;
- Greco R., *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- Guarnieri E., *Art. 145*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di R. Costi, F. Vella, Milano Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2019;

Guicciardi E., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, 66 ss., ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 55 ss.;

Guicciardi E., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, 33 ss., ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, 34 ss.;

Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, 249 ss.;

Iannotta L., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 299 ss.;

Impinna M.A., *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.;

Ingrao G., *L'esclusione degli operatori economici dalle gare di appalto per gravi violazioni tributarie*, in *Urb. e app.*, 2021, 1, 37 ss.;

Irti N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Laterza, 2007;

Irti N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 ss.;

Irti N., Severino E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001;

Italia V., *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016;

La Torre M., *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1932, 573 ss.;

La Rosa L., *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 779 ss.;

Lamberti C., *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012;

Lamorgese A., *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 4, 1109 ss.;

Laschena R., *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in Aa. Vv., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1803 ss.;

Laschena R., *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, Treccani, 1994;

Lazzara P., *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.;

Lazzara P., *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 179 ss.;

Lazzara P., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2010, 146 ss.;

Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet. II. Amministrazione e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1987, 245 ss.;

Ledda F., *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in Aa. Vv., *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti Convegno Messina, 15-16 aprile 1988*, Milano, Giuffrè, 1993, 91 ss.;

- Lessona C., *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1914;
- Levi F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967;
- Lipari M., *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *federalismi.it*;
- Lipari M., *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- Lombardi P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva «temperata»*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 85 ss.;
- Lucattini S., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.;
- Lucattini S., *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss.;
- Luciani F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003;
- Luiso F.P., *Commento dell'art. 23 l. n. 689/1981*, in *Legisl. pen.*, 1982, I, 209 ss.;
- Luiso F.P., *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328 ss.;
- Luiso F.P., *Mezzi di impugnazione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2015, 889 ss.;
- Luzzati L., *Una conversazione con Michele Chevalier sulla legislazione delle miniere e delle foreste. Lettera aperta del deputato Luzzati al deputato Sella*, in *Giorn. economisti*, 1875, 2, 145 ss.;
- Manes V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 988 ss.;
- Manfredi G., *Il regime probatorio nel codice del processo*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 473 ss.;
- Manfredi G., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 578 ss.;
- Manganaro F., *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 534 ss.;
- Mannucci G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 3, 837 ss.;
- Mantellini G., *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, Barbera, 1873;
- Mantellini G., *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878;
- Marengi E.M., *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.;
- Mari G., *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013;
- Mari G., *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di*

ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 136 ss;

Marone F., *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 743;

Marongiu G., *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.;

Marzaro P., *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 423 ss.;

Marzaro P., *Epistemologia del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.;

Marzuoli C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985;

Marzuoli C., *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi istruttori nel giudizio di legittimità*, in *Le Regioni*, 1986, 281 ss.;

Marzuoli C., *La "discrezionalità tecnica" nella giurisprudenza dei T.A.R.: analisi degli orientamenti relativi ad alcuni settori*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, Rimini, 1987, 634 ss.;

Marzuoli C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 146 ss.;

Marzuoli C., *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016;

Mastorilli A., *Farmaci di lusso e medicinali a buon mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 3, 489 ss.;

Mattarella B.G., *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 291 ss.;

Mattarella B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 3, 679 ss.;

Mazzamuto M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.;

Mazzamuto M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, 683 ss.;

Mazzamuto M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it*, 2016, 3;

Mazzamuto M., *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, 6, 1471 ss.;

Mazzamuto M., *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss.;

Mazzamuto M., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 619 ss.;

Mazzarelli V., *Motivazione. II) Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1990, 3 ss.;

Mazzaroli L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 226 ss.;

Melis G., *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 469 ss.;

Melis G., *Culture dei «tecnici» e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.;

Mengoni L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1, 1 ss.;

Meregazzi R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di G. Miele, Vicenza, Neri Pozza, 1968, 199 ss.;

Merloni F., G. Arena (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008;

Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 181 ss.;

Merusi F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007;

Merusi F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 1 ss.;

Merusi F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012;

Merusi F., *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 3 ss.

Merusi F., *Dal 1865... e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.;

Merusi F., *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 9 ss.;

Merusi F., *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 37 ss.;

Merusi F., Frediani E., *Itinerari della tutela del cittadino. Errori, rimedi e fantasie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019;

Merusi F., *Incontri pericolosi ... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 13 ss.;

Mezzotero A., Putrino Gallo S.P., *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2017, 2;

Meucci L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 5 ss.;

Miele G., *La giustizia amministrativa*, in *Aa. Vv., Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, Giuffrè, 1968, 9 ss.;

Migliorini L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977;

Migliorini L., *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.;

Migliorini L., *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.;

Mignone C., *I mezzi di prova in rapporto alle plurime giurisdizioni del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 11;

Mirate S., *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2000, 2402 ss.;

Mirate S., *L'indipendenza e la imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, a cura di G. Piperata, A. Sandulli, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 67 ss.;

Modugno F., Manetti M., *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.;

Modugno F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, 472 ss.;

Moliterni A., *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, a cura di A. Moliterni, Napoli, Jovene, 2021, 5 ss.;

Morbidelli G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 763 ss.;

Morbidelli G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 273 ss.;

Morbidelli G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi, 2005, 531 ss.;

Mortara L., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1889, 245;

Mortara L., *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentrazione e trasformazione di opere pie*, in *Giust. amm.*, 1891, 1, 5 ss. anche in *La legge*, XXXVIII, II;

Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, I, Milano, Vallardi, 1903, 404 ss.;

Neri V., *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *giustizia-amministrativa.it*;

Nigro M., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 769 ss.;

Nigro M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 857 ss.;

Nigro M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1815 ss. ora anche in Id., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 39 ss.;

Nigro M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1051 ss.;

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976, 55 ss.;

Nigro M., *Linee per una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 249 ss. ora anche in Id., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 109 ss.;

Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss.;

Nigro M., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.;

Nigro M., *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale (1985)*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1844 ss.;

Nigro M., *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in *Prospettive del processo amministrativo. Atti del convegno di studio. Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. Mazzaroli, Padova, Cedam, 1990, 17 ss.;

Nigro M., *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 4 ss.;

Nigro M., *Problemi del nuovo processo amministrativo*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1281 ss.;

Noccelli M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Occhiena M., *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e società*, 1998, 475 ss.;

Occhiena M., *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 905 ss.;

Occhiena M., Posteraro N., *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Dir. Ec.*, 2019, 3, 27 ss.;

Orlando V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, 1907, 711 ss.;

Orusa L., *Violazione di legge. Diritto amministrativo*, in *Noviss. dig.*, XX, Torino, Utet, 1975, 857 ss.;

Pajno A., *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2013, 59 ss.;

Pajno A., *Benvenuti e il futuro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 5 ss.;

Paliero C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.;

- Paliero C.E., Travi A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, 151 ss.;
- Pallottino A., *L'istruttoria nel processo davanti ai giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1980, V;
- Paolantonio N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1991;
- Paolantonio N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000;
- Paolantonio N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587 ss.;
- Paolantonio N., *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picotizza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1235 ss.;
- Parisio V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Parisio V., *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 234 ss.;
- Parodi G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990;
- Parodi G., *Giudice amministrativo e «discrezionalità tecnica»*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di M. Bessone, R. Guastini, Padova, Cedam, 1995, 291 ss.;
- Pastori G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3165 ss.;
- Pastori G., *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Id.*, *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 567 ss.;
- Patroni Griffi F., *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 211 ss.;
- Patroni Griffi F., *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 106 ss.;
- Patroni Griffi F., *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 2, 140 ss.;
- Pelagatti G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 158 ss.;
- Perez R., *L'istruzione nel procedimento amministrativo (Studio sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, II, 623 ss.;
- Perfetti L.R., *Ancora sul sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 2, 422 ss.;

Perfetti L.R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004;

Perfetti L.R., *Prova*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, Giuffrè, 2009, 917 ss.;

Perfetti L.R., *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo". Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c.*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 739 ss.;

Perfetti L.R., *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, a cura di E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L. Perfetti, A. Meale, Napoli, ESI, 2014, 43 ss.;

Perfetti L.R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 72 ss.;

Perfetti L.R., *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2020, 2, 428 ss.;

Perlingieri P., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 405 ss.;

Petralia G.V.A., *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista AIC*, 2017, 4;

Picozza E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997;

Picozza E., *Processo. Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 463 ss.;

Picozza E., *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 1998, 185 ss.;

Picozza E., *Effettività e giusto processo*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Saverio Sticchi Damiani, F. Vetrò, Torino, Giappichelli, 2010, 55 ss.

A.G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209 ss.;

Piperata G., *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 43 ss.;

Piperata G., *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*, in *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli, Torino, Giappichelli, 2021, 294 ss.;

Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, I, Milano, Giuffrè, 1962;

Piras A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76 ss.;

Police A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997;

Police A., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 629 ss.;

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, I, Padova, Cedam, 2000;

Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, II, Padova, Cedam, 2001;

Police A., *Pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. Zito, D. De Carolis, Milano, Giuffrè, 2003, 11 ss.;

Police A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.;

Police A., *La cd. invalidità formale dei provvedimenti amministrativi fra mito e realtà*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2004, 145 ss.;

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007;

Police A., *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a.*, in Aa. Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 77 ss.;

Police A., *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 1437 ss.;

Police A., Daidone A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 684 ss.;

Police A., *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, 1197 ss.;

Police A., *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 3, 136 ss.;

Police A., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 277;

Police A., *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione repubblicana*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. Torricelli, Torino, Giappichelli, 2018, 41 ss.;

Police A., *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 646 ss.;

Police A., Chirico F., *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.;

Ponti B. (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016;

Ponticelli P.G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, Giuffrè, 1958;

Porrini R., *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni con la giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, 1891, 14 ss.;

Presutti E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911;

Presutti E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, Estratto dalla *Giur. it.*, LXII, 1910, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1910, 10 ss.;

Proto Pisani A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. proc. civ.*, 1991, 1, 60 ss.;

Proto Pisani A., *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini, C.M. Verardi, Milano, Franco Angeli, 2001, 317 ss.;

Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2002;

Provenzano P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015;

Racca G.M., Ponzio S., *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. Scomparin, Torino, Giappichelli, 2016, 109 ss.;

Ramajoli M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.;

Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.;

Ramajoli M., *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, 17, 23 ss.;

Ramajoli M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 100 ss.;

Ramajoli M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 85 ss.;

Ramajoli M., *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. Liguori e S. Tuccillo, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 79 ss.;

Ramajoli M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998;

Randazzo A., *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consultaonline.it*, 2017, III;

Ranelletti O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, 1892, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 1 ss.;

Ranelletti O., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, in Id., *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 91 ss.;

Ranelletti O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Luigi Pierro editore, 1912, 360 ss.;

Ranelletti O., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora in Id., *Scritti giuridici scelti. La giustizia amministrativa*, II, Napoli, Jovene, 1992, 165 ss.;

Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937;

Redenti E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 1957;

Redenti E., *Il conflitto di attribuzioni nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 247 ss.;

Renna M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 557 ss.;

Renna M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo tra autonomia e "civiltizzazione"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea, M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 573 ss.;

Romagnosi G.D., *Opere postume. Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso*, II, Firenze, Stamperia Piatti, 1837, 134 ss.;

Romano A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975;

Romano A., *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano, R. Villata, Padova, Cedam, 2009, 1117 ss.;

Romano A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958;

Romano A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 4, 635 ss.;

Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987;

Romano Tassone A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, Jovene, 2001, 813 ss.;

Romano Tassone A., *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.;

Romano Tassone A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, 581 ss.;

Romano Tassone A., *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in www.giustamm.it;

- Romeo G., *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 653 ss.;
- Rordorf R., *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, Bari, Cacucci, 2011, 1 ss.;
- Rovelli F., *Sul carattere della Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 244;
- Rovelli F., *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Società editrice "vita e pensiero", 1938, 447 ss.;
- Valaguzza S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016;
- Sacchi Morsiani G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, Appendice, III, Torino, Utet, 1982, 219 ss.;
- Saitta F., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 1 ss.;
- Saitta F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2295 ss.;
- Saitta F., *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2008;
- Saitta F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, 275 ss.;
- Saitta F., *Onori (?) ed oneri della "processualciviltà": Palazzo Spada alle prese con il controverso concetto di indispensabilità della prova*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1069 ss.;
- Saitta F., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 1, 93 ss.;
- Saitta F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.;
- Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione tipografico - editrice, 1904;
- Salvia F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.;
- Sandroni D., *Commento all'art. 146*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, coordinato da R. Tamiozzo, Milano, Giuffrè, 2005, 695 ss.;
- Sandulli A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998;
- Sandulli A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, 927 ss.;
- Sandulli A., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 494 ss.;
- Sandulli A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, V, Milano, 2006;

- Sandulli A., *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 669 ss.;
- Sandulli A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 162 ss.;
- Sandulli A.M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo. Napoli 23-25 aprile 1960*, Milano, Giuffrè, 1962, 55 ss.;
- Sandulli A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano editore, 1963;
- Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1982;
- Sandulli M.A., L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *federalismi.it*, 2020, 19, 401 ss.;
- Sandulli M.A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.;
- Sandulli M.A., *Sanzione (sanzioni amministrative)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, Treccani, 1992, 2 ss.;
- Sandulli M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *federalismi.it*, 2012, 12 ss.;
- Sandulli M.A., *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.;
- Santaniello M.A., *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano (Spunti di comparazione con gli ordinamenti francese e tedesco)*, in Aa. Vv., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Contributo alle iniziative legislative in corso, Atti del XXXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna 19-21 settembre 1985*, Milano, Giuffrè, 1988, 383 ss.;
- Satta F., *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1986;
- Sau A., *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 384 ss.;
- Savino M., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 453 ss.;
- Scalese V., *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1994;
- Schinaia M.E., *Il controllo del giudice sull'esercizio della discrezionalità della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1101 ss.;
- Scoca F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971;
- Scoca F.G., *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376 ss.;
- Scoca F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983;
- Scoca F.G., *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Dizionario amministrativo*, II, a cura di G. Guarino, Milano, Giuffrè, 1985, 1555 ss.;

- Scoca F.G., *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 2, 253 ss.;
- Scoca F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 85 ss.;
- Scoca F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.;
- Scoca F.G., *Spigolature sulla riforma del processo amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutela in forma specifica*, a cura di A. Zito, D. De Carolis, Milano, Giuffrè, 2003, 281 ss.;
- Scoca F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.;
- Scoca F.G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2004, 55 ss.;
- Scoca F.G., *Articolo 63 (commento)*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2011, 535 ss.;
- Scoca F.G., *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in *Aa. Vv., Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2011, 93 ss.;
- Scoca F.G., *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama, II*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 739 ss.;
- Scoca F.G., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 3 ss.;
- Scoca F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.;
- Scoca F.G., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 2018, 6.;
- Scoca F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1097 ss.;
- Scoca F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 1, 1 ss.;
- Sereni Lucarelli C., *Esclusione del concorrente non in regola con il fisco e principio di proporzionalità*, in *Munus*, 2019, 3, 827 ss.;
- Sereni Lucarelli C., *Le sanzioni della Banca d'Italia nel panorama delle sanzioni amministrative tra mito e realtà*, in *Banca, impr. soc.*, 2020, 2, 317 ss.;
- Serges G., *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681 ss.;
- Serio G., *Brevi note sul nuovo sistema probatorio nelle controversie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1988, 5, 1282 ss.;
- Serra M.T., *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.;
- Severini G., *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, 3.;

Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012;

Sigismondi G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.;

Sigismondi G., *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Aedon*, 2016, 3;

Sigismondi G., *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.;

Silvestri G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.;

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018;

Sorrentino A., *Provvedimenti elusivi e giudizio di ottemperanza*, in *Aa.Vv.*, *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-19 settembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1983;

Spagnuolo Vigorita V., *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 7 ss.;

Spasiano M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003;

Spasiano M.R., *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, a cura di P. Tanda, Torino, Giappichelli, 2015, 42 ss.;

Spasiano M.R., *Art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2019, 1306;

Spattini G.C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 ss.;

Spaventa S., *La giustizia nell'amministrazione. Discorso pronunziato da Silvio Spaventa nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880*, in *Codice della giustizia amministrativa. Leggi e regolamenti concernenti le questioni amministrative da trattarsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle giunte provinciali amministrative con commenti e massime giurisprudenziali*, a cura di R. Porrini, Firenze, Barbera, 1900, spec. 28 ss.;

Spinelli S., *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 10, 3272 ss.;

Stella Richter P., *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984, 10, II, 416 ss.;

Stella Richter P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 851 ss.;

Taruffo M., *Prova giuridica*, in *www.treccani.it*, 1997;

Taruffo M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009;

Taruffo M., *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Milano – Bicocca. 19-20 novembre 2009*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, Milano, Giuffrè, 2012, 123 ss.;

Tarullo S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004;

Tiscini R., *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, Giappichelli, 2005, 567;

Tonoletti B., *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.;

Torchia L., *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la «carta giurisdizionale» del Consiglio di Stato*, in Aa. Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 177 ss.;

Torricelli S., *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto. Atti del colloquio. Firenze, 13 aprile 2018*, a cura di S. Torricelli, Torino, Giappichelli, 2018, 1 ss.;

Torricelli S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.;

Travi A., *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.;

Travi A., *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn dir. amm.*, 1995, 10, 976 ss.;

Travi A., *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.;

Travi A., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 11, 1262 ss.;

Travi A., *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.;

Travi A., *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 2, 455 ss.;

Travi A., *Nota a Cons. di Stato n. 601/1999*, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.;

Travi A., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 2, 425 ss.;

Travi A., *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Il giusto processo. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 28-29 marzo 2002 presso l'Accademia nazionale dei Lincei*, 2003, 68 ss.;

Travi A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.;

Travi A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439 ss.;

- Travi A., *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?», in *Gior. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss.;*
- Travi A., *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3 ss.;
- Travi A., *L'effettività della giustizia amministrativa*, in Aa. Vv., *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti, M. Clarich, Pisa, ETS, 2010, 51 ss.;
- Travi A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 23 ss.;
- Travi A., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505 ss.;
- Travi A., *Giurisdizione ed amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello. 1-2 luglio 2011*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, 3 ss.;
- Travi A., recensione a R. Briani, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 514 ss.;
- Travi A., *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173 ss.;
- Travi A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, CXLIII, 109 ss.;
- Travi A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.;
- Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021;
- Travi A., *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *foroitaliano.it*;
- Travi A., *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, 173;
- Travi A., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 14 febbraio 2019;
- Trimarchi F., *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974;
- Trimarchi Banfi F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361 ss.;
- Trimarchi M., *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1300 ss.;
- Trimarchi M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018;
- Trimarchi M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013;
- Troise Mangoni W., *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 33 ss.;

Troise Mangoni W., *Sulla giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalle Consob e dalla Banca d'Italia*, in www.diritto-amministrativo.org;

Tropea G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.;

Tropea G., *Il processo amministrativo in trasformazione nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Itinerari interrotti, Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, a cura di L. Giani e A. Police, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 291 ss.;

Tropea G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo "interno" ed "esterno" tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1255;

Tropea G., *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in giustiziainsieme.it;

Tropea G., *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I principi dell'attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2020, 248 ss.;

Tuccillo S., *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, in federalismi.it, 22 marzo 2017;

Vaccari S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017;

Vaccari S., *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1172 ss.;

Vacirca G., *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materie di pubblico impiego (nota a C. cost. 23 aprile 1987, n. 146)*, in *Foro amm.*, 1987, 6, 1344 ss.;

Vaiano D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 85 ss.;

Varni D., Melis G. (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999;

Vellani M., *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988;

Veltri G., *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013;

Verde G., *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 579 ss.;

Verrienti L., *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 453 ss.;

Videtta C., *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 6, 2251 ss.;

Videtta C., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 4, 1185B ss.;

Videtta C., *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2008;

Viganò F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;

Villamena S., *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *federalismi.it*, 2016, 23, 1 ss.;

Villamena S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008;

Villata R., *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968;

Villata R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971;

Villata R., *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Aa. Vv.*, *Studi in onore di Antonio Amorth. Scritti di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 705 ss.;

Villata R., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 2, 201 ss.;

Villata R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 ss.;

Villata R., *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 897 ss.;

Villata R., *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.;

Villata R., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Giappichelli, Torino, 2012, 41 ss.;

Villata R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss.;

Villata R., *Spigolature «stravaganti» sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 115 ss.;

Villata R., *Ancora «spigolature» sul nuovo processo amministrativo*, in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 127 ss.;

Villata R., *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 1217 ss.;

Villata R., *Sui «motivi inerenti la giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss.;

Villata R., M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017;

Villata R., *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 266 ss.;

Virga G., *Le limitazioni probatorie nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 115 ss.;

Virga G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991;

Virga G., *Le riforme a metà (prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 1, 286 ss.;

Virga P., *Diritto amministrativo – 2. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, 29 ss.;

Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, 116;

Virga P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 133;

Vitale S.L., *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 277 ss.;

Vitta C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 265;

Vitta C., *Diritto amministrativo*, I, Torino, Utet, 1937, 600 ss.;

Vogliotti M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, 236 ss.;

Volpe F., *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco, in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale Trento, 5-6 ottobre 2012. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 165 ss.;

Zanobini G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, Utet, 1924, 50 ss.;

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958;

Zingales I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007;

Zucaro A., *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 303 ss.

ABSTRACT

Partendo dal dato oramai pacifico secondo cui il giudice amministrativo ha piena conoscenza del fatto, anche tecnico, l'analisi ha ad oggetto il processo amministrativo, per come è strutturato e per come concretamente si svolge, al fine di verificare se garantisca davvero l'emersione del fatto per come davvero è e non per come lo rappresenta a se stesso il giudice.

L'indagine muove dall'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa e delle tutele accordate al cittadino nei confronti dell'amministrazione, e dunque del potere, per poi dare atto, da un lato, del mutato rapporto tra cittadino, amministrazione e potere e della progressiva conformazione, prima nel procedimento, e poi eventualmente nel processo, del potere pubblico alle plurime istanze dei singoli, e, dall'altro lato, del mutato ruolo del giudice, che da garante della legittimità fine a se stessa sembra oramai abbandonare anche i confini del "giudizio sul rapporto" che intercorre tra cittadino e amministrazione, per varcare le soglie di un giudizio sempre più penetrante in cui nel processo si rifa il procedimento (e dunque l'istruttoria procedimentale).

È quanto emerge in maniera evidente nel giudizio sull'invalidità condotto ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, che in un *continuum* procedimento-processo conduce alla non annullabilità del provvedimento che non corrisponde al paradigma legale.

I riflessi sostanziali di questo mutamento, che portano a un necessario ripensamento dei canoni tradizionali, del principio di separazione dei poteri, dei tradizionali limiti tra giurisdizione e amministrazione oltre che dell'inesauribilità del potere amministrativo e del suo riesercizio a fronte del rimeditato effetto conformativo delle sentenze, e all'affermarsi della ragionevolezza in concreto quale parametro dell'eccesso di potere, trovano un'efficace sintesi in una doverosa riconsiderazione del fatto nel processo amministrativo.

Il ragionamento conduce così all'analisi dell'istruttoria nel processo, in quanto se il giudice amministrativo ha una «piena signoria sul fatto», anche sotto il profilo del suo contenuto tecnico, diviene necessario rimeditare sugli strumenti probatori a sua disposizione, in particolare sul loro utilizzo, per evitare, soprattutto nei casi in cui la decisione abbia un contenuto tecnico, che la stessa possa fungere, in alcuni settori, da schermo di scelte, anche inconsapevolmente, arbitrarie dell'amministrazione in sede procedimentale, di fatto insindacabili dal giudice nella fase processuale, ovvero legittimi, in altre materie, che il giudice si sostituisca all'amministrazione senza avere le competenze tecniche.

Se, dunque, in linea generale può dirsi che l'accesso del giudice al fatto non pare essere più in dubbio, nelle concrete modalità di accesso e, dunque, nella valutazione

del fatto permangono rilevanti criticità e certamente non è identificabile un unico modello di sindacato.

In primo luogo, la natura tecnica del fatto non pare fungere da criterio uniformante e, anzi, si è finora data scarsa importanza alle concrete modalità con cui si perviene alla decisione e all'eventuale coinvolgimento nel procedimento di organi consultivi, con l'effetto che il profilo della qualità del provvedimento e del com'è fatto il provvedimento apre la strada a potenziali differenziazioni nel sindacato sul fatto.

Più in generale, come emerge dall'analisi giurisprudenziale condotta nell'ultimo Capitolo con riguardo ad alcuni rilevanti settori (tra cui quello degli appalti pubblici, delle interdittive antimafia, delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust etc.), ancora si assiste a un sindacato sul fatto differenziato non solo tra settore e settore, ma anche tra giudice e giudice, che oltre che rendere sempre meno prevedibili le decisioni, non pare rispondere a quell'idea di tutela giurisdizionale piena ed effettiva e a quel modello di un unico processo «giusto», che invece è imposto dall'art. 111 Cost. e dalle norme europee.